

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	JORGE IVÁN TORRES ESPINAL
DEMANDADOS	PORVENIR- COLPENSIONES
VINCULADA	COLFONDOS
RADICADO	05001-31-05-012-2022-00091-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Confirma

Medellín, tres (3) de mayo 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 IVÁN TORRES ESPINAL** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y la **AFP PORVENIR S.A.** y en la que se dispuso vincular a la **AFP COLFONDOS S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 017**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., contra la sentencia que profirió el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 10 de marzo 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 06 de mayo de 1960, y se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales, posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR, en el año 2001, entidad en donde permanece actualmente. (ni los hechos, ni pretensiones se dirigen en contra de la AFP COLFONDOS).

Se duele que el asesor ejecutivo del RAIS no le brindó la información suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la información determinante y ajustada a su situación concreta; y que, al contrario, le ocultaron información relevante al momento de ser atendido para afiliarse al RAIS, por lo que considera que su decisión se encuentra viciada y afectada en su validez, por ausencia del conocimiento sobre las consecuencias jurídicas de su afiliación a dicha administradora.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por la administradora del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a la AFP trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por el actor, debiendo ordenar a ésta última entidad, recibir dichas sumas, aceptar al demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral, y condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, a través de la contestación allegada (PDF 08 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, aceptó la edad del demandante y; propuso las excepciones perentorias que

denominó: *"IMPOSIBILIDAD DE QUE COLPENSIONES DECRETE LA INEFICACIA DEL TRASLADO, PRESCRIPCION, BUENA FE DE COLPENSIONES, MPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, INOMINADA o GENÉRICA"*

PORVENIR S.A. también describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 06 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de fondo que denominó *"PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, COMPENSACIÓN, EXCEPCIÓN GENÉRICA"*

Mediante auto del 27 de julio de 2022 (PDF 09) el juez de instancia ordenó la **vinculación al trámite del proceso de la AFP COLFONDOS**, argumentando que luego de revisar el escrito de contestación de la demanda presentado por la AFP PROVENIR S.A., en el certificado SIAFP, se evidencia que el demandante, también estuvo afiliado a COLFONDOS S.A.; por lo que dispuso su integración en calidad de Litis consorte necesario por pasiva.

AFP COLFONDOS S.A. hizo lo propio y describió el traslado de la demanda (PDF 11), negando la totalidad de los hechos y planteando a título de excepciones de perito las siguientes: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, INNOMINADA o GENÉRICA, AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, ALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, OMPENSACIÓN Y PAGO"*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 10 de marzo de 2023, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación del señor JORGE IVÁN TORRES ESPINAL, al régimen de ahorro individual efectuado el 30 de noviembre de 2011 y efectivo a partir del 1° de enero de 2002 a la AFP PORVENIR S.A

Le impuso a la **AFP PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES, el monto del capital ahorrado por JORGE IVÁN TORRES ESPINAL, desde el 1° de enero de 2002, hasta el momento en que se haga el traslado efectivo del capital con sus respectivos rendimientos financieros, así como a devolver a la misma todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la mencionada como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con

todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1.746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora.

Se señaló que las sumas deberán ser debidamente indexadas al momento de su depósito efectivo en Colpensiones, por tratarse de sumas de dinero que han sido depreciadas en su valor con el paso del tiempo.

Se advirtió que, si la sumatoria de todos los conceptos que se ordena trasladar, resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media, serán la referida AFP quien asuma la diferencia que resultare, en proporción al período durante el cual el mencionada permaneció afiliado a estas Administradoras.

Se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a entregar a COLPENSIONES, dichas sumas de dinero dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 692 de 1994.

A su vez se ordenó a COLPENSIONES, a recibir de PORVENIR S.A., los valores aludidos, y a incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del demandante, imputados a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron aportados, las que habrán de tenerse como válidas para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional.

Se **ABSOLVIÓ a COLFONDOS S.A. de las pretensiones de la demanda y DECLARÓ** probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA propuesta por COLFONDOS S.A.

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

La 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.

Respecto la AFP COLFONDOS señaló la A quo que no se evidencia que el demandante hubiese estado vinculado a dicha AFP, por tanto, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

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

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

Apelación de PORVENIR: El apoderado judicial de la AFP, cuestionó de manera integral la sentencia de primera instancia, en primera medida por la declaratoria de ineficacia declarada, pues a su juicio, el traslado de régimen pensional que hizo el demandante, fue plenamente valido. Indicó que la circular 019 1998 emitida por la Superintendencia Financiera, y vigente para el momento del traslado del demandante, solo exigía que el afiliado manifestara su afiliación para trasladarse de régimen pensional, de manera que la AFP cumplió con la totalidad de las exigencias impuestas a su cargo, reiterando el apelante, que la afiliación del actor se hizo de manera libre y voluntaria, máxime que los aportes realizados por el actor y su permanencia en la AFP, demuestran que el demandante ha querido continuar en el régimen de ahorro individual, cumpliéndose en este caso las exigencias del artículo 1752 y siguientes del Código Civil, relativos al saneamiento del consentimiento por ratificación tácita, la cual opera de manera automática.

De otro lado, expresó el recurrente que no puede aducirse que la AFP incumplió su deber de información, y no puede hacersele exigible el cumplimiento de documentos que en su momento no eran obligatorios, como son la simulación pensional y demás documentales, como extractos financieros, pues para el momento del traslado, bastaba con la asesoría verbal que se le otorgara al afiliado, por lo que no es dable determinar una falta de información.

Señaló el apelante que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, y, por tanto, el demandante debía conocer la información para trasladarse de régimen pensional y no se puede decir que la AFP abusó de su posición dominante.

Respecto de la orden de trasladar los gastos de administración a la AFP, indicó el apelante que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración y pensión de invalidez, y dichos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez, y por ello estos están sujetos a prescripción, además la Superintendencia de Colombia, indicó de forma expresa que en los eventos de acceder a la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado.

De igual manera señaló el apelante que al ordenar el traslado de los gastos de administración, se configuraría un enriquecimiento sin causa, pues no existe norma que disponga tal devolución, pues en forma clara y sin lugar a interpretaciones, la ley 100 determina cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen, esto es, el saldo de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos.

Por otra parte, pidió el apelante que deberá declararse la prescripción en relación con los gastos de administración, y las primas de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta de ahorro individual del afiliado, o los rendimientos financieros, por cuanto estos valores financian la prestación de vejez, la cual si se torna imprescriptible.

En último lugar dijo el apelante que se están tomando las costas procesales como una indemnización de perjuicios, y con base en ello imploró, primero que no se le imponga condena en costas a la AFP Porvenir, por cuanto la entidad actuó conforme a la ley; y en segunda medida, que se condene en costas a COLPENSIONES quien también fue vencida en juicio.

Alegatos de Conclusión:

El **apoderado de la parte demandante** presentó escrito de alegatos de conclusión mediante el cual solicitó que se confirme íntegramente el fallo de primera instancia.

Por su parte el apoderado de **COLPENSIONES** indicó que es claro que el traslado que realizó el demandante a la AFP Porvenir S.A. desde noviembre de 2001, lo hizo conforme a la legislación que regulaba la materia, es decir, de acuerdo al artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su versión original, por lo tanto,

el traslado se realizó dentro de la legalidad y COLPENSIONES es un tercero ajeno a dicha relación.

De otro lado, 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 JHONJAIR 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 el demandante con plenos efectos jurídicos, con creces, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, se pasa a resolver de fondo, previas las siguientes

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión. - La Ineficacia en el traslado de régimen pensional. -

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., en su recurso de apelación; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones relacionada con la declarada ineficacia de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad y la aceptación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida que administra, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala en establecer si la afiliación que hizo el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP demandada, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

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

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

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

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

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber tomado la decisión inicial, o por el hecho de que el asegurado se haya trasladado incluso entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, por lo que un dato*

será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad” (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019).

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

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que el señor JORGE IVÁN TORRES ESPINAL, inicialmente se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales, en el año 1983 (PDF 08 folio 238), posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., en el año 2002 (PDF 06 folio 40), entidad en donde se encuentra afiliado actualmente.

La sala resalta que si bien en el certificado SIAFP, anexo por la AFP Porvenir, se evidencia que el demandante, también estuvo afiliado a la AFP COLFONDOS S.A., la misma no surtió efectos, por cuanto se produjo un retracto y por tanto no se generaron aportes en dicha AFP.

Hora de la consulta : 7:00:59 PM

Afiliado: CC 15320345 JORGE IVAN TORRES ESPINAL [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 15320345

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	2001-11-30	2008/11/18	PORVENIR COLPENSIONES			2002-01-01	

Un ítem encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 15320345

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1994-08-01	1996-10-15	01	AFILIACION	COLFONDOS	
1997-04-24	1997-08-08	02	RETRACTO	COLFONDOS	
2001-11-30	2001-12-05	01	AFILIACION	PORVENIR	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones de la A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación pensional del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que la AFP convocada a juicio (PORVENIR S.A) no alcanzó a probar haberle brindado asesoría al actor con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que 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”*.

Para la Colegiatura, ninguno de los argumentos presentados el apoderado judicial de PORVENIR, en su recurso de apelación, resultan suficientes para que se revoque la ineficacia que declaró la A quo.

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

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

Tampoco comparte la sala el argumento del apoderado recurrente, en el sentido de que el demandante al suscribir el formulario de afiliación, plasmó su voluntad de afiliarse al régimen de ahorro individual, pues el formulario de

afiliación no se erige en la prueba irrefutable de que haya existido asesoría, el mismo solo viene a ser un documento que demuestra la afiliación, pero no es indicativo de que se haya brindado asesoría idónea. Ahora, nótese cómo en este caso no se ha declarado la ineficacia de traslado de régimen porque el formulario de afiliación no sea un documento auténtico, ya que la discusión jurídica se dio en términos de ineficacia, por falta de asesoría, más que en términos de validez del formulario. No se trata de desconocer el valor probatorio que el referido documento pueda tener, el cual es incontrastable en el marco de lo que representa, pero de ahí a que se tenga como indicativo de que haya existido asesoría, buen consejo y acompañamiento, no es de recibo para esta sala.

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

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

En punto al cuestionamiento de que el demandante ha querido permanecer afiliado a la AFP PORVENIR, y por el paso del tiempo se generó un saneamiento del consentimiento por ratificación tácita, en modo alguno, implica que su traslado inicial fuera informado, y menos hace referencia a un saneamiento del consentimiento, como lo alude el apelante, en la medida que solo muestra que viene realizando unos aportes que por ley el afiliado estaba obligada 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 consideración a lo expuesto, para este Colegiado, la ineficacia en la afiliación al RAIS del demandante, se configura, a raíz de la afiliación ausente de información por parte de la AFP, quien tampoco acreditó en los términos que determina el artículo 167 del C.G.P, haberle brindado al actor un acompañamiento suficiente en su proceso de afiliación.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado del señor **JORGE IVÁN TORRES ESPINAL**, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional del demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de afiliación a la AFP demandada, esto es, se encuentra válidamente 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 al demandante, aspecto que también es cuestionado por el apoderado de la AFP PORVENIR.

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 la 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 de la asegurada y para todos los efectos legales la tenga afiliada 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, 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 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.

Tampoco le asiste razón al apoderado judicial de PORVENIR S.A. en el sentido que la orden de devolución y traslado de los descuentos esté generando un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, ya que, precisamente los referidos descuentos existan en ambos regímenes, lo que se constituye en una razón de peso para que se entienda que la administradora del régimen de prima media con prestación definida no pueda perder la posibilidad de hacer dichos descuentos.

En punto a estimar que la orden de trasladar las cuotas de administración, las primas de seguros previsionales, y los aportes de garantías de pensión mínima;

sería prescriptible por no hacer parte de las sumas que están destinadas a financiar la pensión de vejez del asegurado, esta Sala no accederá a declarar la afectación por prescripción de dichas obligaciones, 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.

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

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

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

Finalmente, sobre la solicitud del apoderado de PORVENIR en el recurso, de que se imponga también condena en costas procesales a COLPENSIONES, quien también fue vencida en juicio, cabe señalarse que como lo ha indicado el doctrinante Hernán Fabio López Blanco¹, son requisitos Indispensables para la

¹ Código General del Proceso, parte general. Dupre Editores. Año 2016 pg. 771

viabilidad de todo recurso: la capacidad para interponer el recurso, el interés para recurrir, la oportunidad del recurso y la procedencia del recurso.

En relación con el segundo requisito, señala ese doctrinante que tiene interés para recurrir la persona perjudicada con la providencia, en este caso, resalta la Sala, sería la decisión de no condenar en costas a COLPENSIONES; por consiguiente, si ésta no ocasiona un perjuicio material o moral a una persona habilitada para recurrir, no tendrá capacidad para interponer el recurso.

En el caso en concreto el apoderado judicial de PORVENIR no tiene interés para solicitar la imposición de condena en costas a COLPENSIONES, por cuanto, quien estaría legitimada para ello sería la parte actora, en favor de quien se concederían las mismas, quien no manifestó inconformidad alguna; es decir, la AFP demandada no tiene interés jurídico que emane de la decisión apelada, en este específico punto, en cuanto no se está causando agravio alguno.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de **PORVENIR S.A.**, teniendo en cuenta la desventura de su recurso de alzada. Las mismas serán en favor del señor **JORGE IVÁN TORRES ESPINAL**, y ascenderán las agencias en derecho a la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023.

VIII. - DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

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

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a la **AFP PORVENIR S.A.** Agencias en derecho: medio salario mínimo legal mensual

vigente para el año 2023 y en favor del señor **JORGE IVÁN TORRES ESPINAL**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

CUARTO: SE ORDENA la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA