

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	NEOVANY LÓPEZ VÁSQUEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PORVENIR - COLFONDOS
RADICADO	05001-31-05-009-2021-00562-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	CONFIRMA

Medellín, dos (2) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **NEOVANY LÓPEZ VÁSQUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y las **AFP’S PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 044**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las AFP’S PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., contra la sentencia que profirió el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 30 de agosto 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 la demandante, nació el 19 de marzo de 1966, y cuenta en la actualidad con 55 años de edad, y llegó a estar afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales entre el mes de junio de 1988 y el mes de enero de 1997, logrando reunir un total de 310.43 semanas.

Luego el 31 de enero de 1997, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., fecha para la cual laboraba como promotora de ventas de la Cooperativa Lechera Colanta, y más adelante, esto es, el 6 de diciembre de 2013 se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A., logrando acumular en este régimen de capitalización un total de 1.247 semanas, que sumadas a las cotizadas en el ISS, arroja un gran total de 1.558,29 semanas cotizada en toda la vida laboral.

Se duele que los asesores ejecutivos del RAIS no le brindaron la información suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la información determinante y ajustada a su situación concreta; y que, al contrario, le ocultaron información relevante al momento de ser atendida para afiliarse al RAIS, y tampoco recibió una reasesoría pensional antes de cumplir los 47 años de edad, 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.

Finalmente alude la parte activa, que debido a la mala asesoría efectuada por COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., con ocasión al incumplimiento del deber información (culpa), las entidades demandadas están obligadas a repararlo conforme al artículo 2341 del Código Civil, puesto que actualmente le causa zozobra, angustia, temor y aflicción a la señora NEOVANY LÓPEZ VÁSQUEZ, teniendo en cuenta que su promedio salarial durante los últimos años representan la suma de \$2.301.196 y al acercarse al disfrute de su pensión y de acuerdo a la proyección realizada por el fondo su mesada pensional COLFONDOS sería el mínimo legal, lo que le genera un menoscabo a su calidad de vida y los gastos necesarios y congruos que solventa en la actualidad y hacia futuro, tales como vivienda, alimentación, canasta familiar, servicios públicos, pasivos, transporte, medicamento y vestuario entre otros.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por las

administradoras del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a las AFP'S demandadas, trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por la actora, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas, aceptar a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral, también se pretende de COLPENSIONES el reconocimiento y pago de una pensión de vejez a partir del momento en que se efectuó la última cotización al sistema general de pensiones, y los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto la indexación de las condenas, 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 005 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, y precisó que, fue cierta la afiliación de la demandante al régimen de prima media, quien luego se trasladó al RAIS en el año 1997 y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA Y/O NULIDAD DE LA AFILIACIÓN Y/O VINCULACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD REALIZADO POR LA DEMANDANTE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA AFILIACIÓN AL RPM POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE COLPENSIONES DE RECONOCER LA PENSIÓN DE VEJEZ A LA ACTORA POR ENCONTRARSE AFILIADA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO SIN DESCUENTOS EN SALUD; IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN A CARGO DE COLPENSIONES INDEXACIÓN A CARGO DE LA AFP DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN INDEXADAS; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE COLPENSIONES; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS; y la INNOMINADA O GENÉRICA”*

PORVENIR S.A. igualmente contestó la demanda, según se corrobora en el PDF 007, y a través de la misma se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *“PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; y BUENA FE”*.

COLFONDOS S.A. también recorrió el traslado de la acción, según se observa en el archivo PDF 010 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; BUENA FE; INNOMINADA o GENÉRICA; AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO; VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A.; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO; COMPENSACIÓN Y PAGO; INEXISTENCIA DE PERJUICIOS; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR NULIDAD DEL TRASLADO; NO PROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE VEJEZ EN EL RAIS, BAJO CONDICIONES DEL RPM; Y INEXISTENCIA DE PRUEBA DE PERJUICIOS*”

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 30 de agosto de 2023, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual que realizó la señora NEOVANY LÓPEZ VÁSQUEZ.

En consecuencia, CONDENÓ a las AFP'S PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante NEOVANY LÓPEZ VÁSQUEZ junto con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y los bonos pensionales si hubieren sido ya redimidos y contar con sus propios recursos deberá trasladar con indexación lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y el valor de primas de seguro previsional y reaseguros, discriminando los conceptos a devolver con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

También CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir de las AFP'S COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. los valores aludidos e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por la señora NEOVANY LÓPEZ VÁSQUEZ en el régimen de prima media con prestación definida imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS, el IBC que fueron efectivamente cancelados.

De otro lado, DECLARÓ probada la excepción de inexistencia de la obligación frente a la petición del reconocimiento de la pensión de vejez que fuera formulada por COLPENSIONES, y no probadas las demás excepciones de mérito que fueron propuestas por las partes codemandadas.

Finalmente ABSOLVIÓ a las codemandadas de las pretensiones encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de perjuicios, e impuso las costas de la primera instancia a cargo de las AFP'S PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A, fijándoles como agencias en derecho la suma de \$2.320.000 a favor del demandante que deberán ser pagados de manera proporcional por cada una de las codemandadas, absteniéndose de imponer condena en costas 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.

No accedió a la pensión de vejez deprecada, al concluir que la actora aún se encuentra activa realizando cotizaciones al sistema general de pensiones, por lo que no cumple con el requisito de la desafiliación.

Denegó la indemnización de perjuicios reclamados frente a COLFONDOS S.A., pues no está demostrado el perjuicio pensional, es decir, la diferencia ente la pensión reconocida por la AFP COLFONDOS S.A. y la reconocida por COLPENSIONES, dejando en claro que el daño solo se configura al adquirirse la calidad de pensionado.

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

APELACIÓN PORVENIR S.A.: su apoderada judicial solicita se revoquen las condenas impuestas contra dicho fondo, asegurando que a la demandante si se le dio una correcta asesoría en materia pensional, explicándole las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, y por ello no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación y/o traslado, desatancando que la actora durante todo el tiempo de permanencia en el fondo, estuvo siempre

en la posibilidad de informarse acerca de su funcionamiento, y su posterior traslado a COLFONDOS S.A., es prueba de su conformidad con el régimen de capitalización.

Que si bien es cierta la postura jurisprudencial, según la cual se debe declarar la ineficacia del traslado por omisión al deber de información, en el presente caso no se presenta tal situación, por el contrario, quedo demostrado que la única motivación de la demandante para trasladarse a COLPENSIONES, es la obtener una mejor monto de mesada pensional.

Asegura que según un concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia del traslado, no se debe ordena la devolución de las primas de reaseguros y cuotas de administración, en atención a las restituciones mutuas, a las que alude el art. 1746 del Código Civil, pues al fondo se le deben reconocer los gastos en los que incurrió para generarle unos rendimientos financieros a la demandante.

Aduce que no es factible condenar a la indexación, de manera simultánea con la devolución de los rendimientos financieros, pues al tener ambos conceptos la misma finalidad, se estaría propiciando una doble condena.

Finalmente solicita la absolución por la condena en costas procesales, en atención a la buena fe del fondo privado de pensiones

APELACIÓN COLFONDOS S.A.: su apoderada judicial dice apelar parcialmente la sentencia, en cuanto a la devolución de los gastos de administración, pues según refiere, este descuento se encontraba autorizado por la Ley, y con estos mismos recursos se contrataron las pólizas de reaseguramiento, además la correcta administración del fondo privado, le generó a la demandante unos rendimientos financieros en su cuenta de ahorro individual.

Por ultimo dice oponerse a la indexación de los conceptos objeto de devolución, esto es, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, primas de seguro previsional y reaseguros, máxime que estos recursos ni siquiera están en poder de la AFP COLFONDOS S.A., sino de terceros que no se encuentran vinculados al proceso.

Alegatos de Conclusión:

La apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A. insiste improsperidad de la ineficacia del traslado, pues según refiere no existe razones fácticas o jurídicas para declararla, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma

espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley para la fecha de afiliación al RAIS, que los 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 y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad, y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado, y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo al afiliado, motivos por los cuales solicita la revocatoria de la sentencia impugnada.

Por su parte, la apoderada judicial de la demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia , toda vez que la AFP privada, al momento de efectuar el traslado inicial de régimen pensional, no le brindó una asesoría clara, completa y eficiente, la cual le permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones que en su futuro pensional acarrearía dicho traslado, por lo cual, ante la falta de esa asesoría e información, no puede hablarse que el traslado de régimen pensional se dio de manera libre y voluntaria, así las cosas, al no ser libre y voluntaria la decisión por el desconocimiento de las consecuencias que este le ocasionaría, el mismo se torna ineficaz, tal y como lo indica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 271 del mismo texto normativo.

Finalmente, la apoderada judicial de COLPENSIONES Dra. LAURA VANESSA MURILLO MADRID portadora de la T.P. N° 286.193 del C. S. de la J., a quien se le reconoce personería para actuar en los términos del memorial de sustitución poder allegado al plenario, expone en sus alegatos de instancia que en el sub lite no había lugar a declarar la ineficacia del traslado, pues era menester que la parte demandante ejerciera el despliegue probatorio atinente a demostrar insuficiencia en la información por parte de la AFP, aspecto que en modo alguno logra satisfacerse únicamente con la declaración de parte, lo que deriva en la asunción del riesgo de no haber probado, que se traduce en desestimar las pretensiones. Y es que la inercia probatoria no debe privilegiarse bajo el argumento de que cualquier manifestación concerniente a no haber recibido información corresponde a negación indefinida, de una parte, porque en estrictez no es así, ya que de acuerdo como se expuso en párrafos precedentes, se trata de hechos concretos, limitados en el tiempo, modo y lugar, elementos que además se encuentran documentados en el formulario de afiliación; de otra, porque es al juez, con apego en la autonomía judicial y salvaguardando el derecho a la prueba de los sujetos procesales, a quien en cada caso concreto le

corresponde verificar la imposibilidad de las partes para acreditar su propuesta demandatoria.

Y que solo en el eventual caso de accederse a las pretensiones de la demanda, se ordene a las Administradoras del régimen de ahorro individual, para que, a favor de Colpensiones, realicen la devolución integral de las cotizaciones efectuadas, sin descuento alguno, durante la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando los conceptos a reintegrarse y un término perentorio para para el reintegro de los recursos.

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 planteado por las apoderadas judiciales de las AFP'S accionadas, en sus recursos de alzada; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a COLPENSIONES relacionada con la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad y su aceptación en el régimen de prima media con prestación definida que administra, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

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

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y la afiliación o traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del cambio de régimen pensional,

el cual ha de venir suministrado y garantizado por el agente adscrito al respectivo fondo, esto es, es de la propia esencia del acto de afiliación o traslado, el suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.

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

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

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

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia,

por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber tomado la decisión inicial, o por el hecho de que el asegurado se haya trasladado incluso entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, por lo que un dato será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad”* (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019).

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

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que la señora NEOVANY LÓPEZ VÁSQUEZ, se afilió al régimen de prima media con prestación definida a través del entonces INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, el 1° de junio de 1988 a través de su empleador “EXPERTOS LTDA” (PDF 05 folio 19), y luego, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., a partir del 1° de marzo 1997 (PDF 007 folio 24), y posteriormente se trasladó a la AFP COLFONDOS en el año 2013 con efectividad a partir del 1° de febrero de 2014 (PDF 02 folio 30) administradora en donde permanece actualmente.

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

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

al que ya había pertenecido, y por ello el acto jurídico terminó afectado en su eficacia.

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

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

Al respecto debe precisarse que las obligaciones de asesoría y acompañamiento siempre han existido desde que se crearon los dos regímenes pensionales en la Ley 100 de 1993, sin que pueda decirse que se estén haciendo retroactivas obligaciones que solo se hayan impuesto en recientes normas jurídicas. A lo anterior se agrega que tal y como se ha visto en la referida jurisprudencia del órgano de cierre, el formulario de afiliación no se erige en la prueba irrefutable de que haya existido asesoría, el mismo solo viene a ser un documento que demuestra la afiliación, pero no es indicativo de que se haya brindado asesoría idónea.

Así las cosas, no puede sostenerse que la AFP PORVENIR S.A. haya dado un cabal cumplimiento a la ley por el simple hecho de haber suscrito un formulario de afiliación, cuando en el plenario no obra ninguna prueba que indique que a la actora se le brindó asesoría de la que se ha hecho referencia.

En punto a los denominados actos de relacionamiento que se mencionaron en la sustentación de la alzada, en su interés de que se revoque la ineficacia, puesto que inicialmente la demandante estuvo vinculada en PORVENIR S.A. y luego en CONFONDOS S.A., cabe resaltar que, conforme a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1055 de 2022: *“no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas”*. Se agrega además en la referida sentencia que: *“esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del*

*deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, **el del traslado inicial**”*

En el caso de marras, si bien se corrobora que la demandante ha tenido *posteriores* traslados entre administradoras, en modo alguno, implica que su traslado inicial fuera informado, en la medida que solo muestra que viene realizando unos aportes que por ley la afiliada 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 las AFP’S no lograron demostrar el deber de información y buen consejo que les asiste, se repite, para la fecha de su traslado inicial.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado de la señora **NEOVANY LÓPEZ VÁSQUEZ**, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud del recurso de apelación y por la competencia en Grado Jurisdiccional de Consulta de que dispone este colegiado, que impone la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele a la demandante, aspecto que es objeto de cuestionamiento por las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., en su recurso de apelación.

Pues bien, ambas apoderadas pidieron se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración, al considerar que ha administrado correctamente los recursos de la cuenta de ahorro individual de la asegurada disponiendo del mayor cuidado y diligencia para lograr la significativa generación de rendimientos financieros.

Este colegiado 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.

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

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.

En punto de que a la demandante se le brindó la respectiva cobertura frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia y que las AFP'S suscribieron unos contratos de seguro, y por tanto es las aseguradoras contratadas quienes estarían llamadas a asumir esa devolución, esta colegiatura aplica los anteriores argumentos para destacar que la decisión que se está adoptando no afecta el hecho de la buena fe de la aseguradora, como quiera que las órdenes que se están dando no se hacen extensivas a ellas, por lo que resulta irrelevante que haya percibido la actora la respectiva cobertura, ya que se trató de un acto de traslado ineficaz, haciéndose imperioso que los fondos privados asuman las consecuencias económicas de sus omisiones, **de su propio patrimonio.**

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

Los efectos de la ineficacia de la afiliación se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que la actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa de PORVENIR o COLFONDOS S.A., en tanto COLPENSIONES

no tiene por qué ver diezmada la cotización, ya que los referidos descuentos también existen en el régimen de prima media con prestación definida, y no deben ser realizados por AFP'S accionadas, sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliada la actora.

Al respecto, resulta oportuno citar el reciente criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien, en sentencia del 29 de julio de 2020, SL 2877, Radicación 78.667, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha recordado que *“la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida...”*.

En torno a las implicaciones prácticas de la ineficacia, punto de cuestionamiento por la apoderada de la AFP PORVENIR S.A., se precisa que ha sido pacífica la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, al determinar de manera diáfana, los conceptos que se deben retornar a Colpensiones, y por ende, no tienen fuerza vinculante los conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera de Colombia:

*“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)*

En consideración a lo expuesto y teniendo en cuenta que todos los conceptos a que se refiere el órgano de cierre, fueron ordenados en la sentencia, para esta sala, no es posible acoger la tesis planteada en la alzada.

Respecto al traslado indexado de lo descontado a la actora por concepto de fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración y primas de seguro previsional y reaseguros, considera la Sala que no se presenta ningún tipo de incompatibilidad o doble pago respecto a la orden de devolución de los rendimientos financieros, pues estos últimos fueron generados por el capital existente en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, y los primeros conceptos se desvincularon del aporte pensional desde el inicio, es decir, jamás generaron rendimientos financieros, y por ende era necesario disponer de un mecanismo de actualización monetaria como lo es la indexación para garantizar que esos descuentos efectuados sobre el aporte pensional, fuesen devueltos al régimen de prima media con prestación definida en su valor actual, pues la pérdida del poder

adquisitivo de la moneda, no tiene por qué ser asumida por COLPENSIONES, a sabiendas que quien propicio la ineficacia del traslado fue el fondo privado de pensiones PORVENIR S.A.

De este modo, 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 constata que tales aspectos fueron tenidos en cuenta por la A quo, en el **numeral 2°** de la resolutive de la sentencia, por lo que se **CONFIRMARÁ** íntegramente la sentencia de primera instancia.

Finalmente, y en cuanto a los argumentos esbozados por la apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A., relativos a que se revoque la condena en costas procesales, considera este colegiado que, no le asiste razón a la recurrente, pues, aunque fue precisamente la omisión de información de este fondo privado de pensiones la que propició la ineficacia de la afiliación, misma que no se convalido con la permanencia de la actora en el RAIS durante más de 20 años, y tampoco con el traslado a COLFONDOS S.A., y tampoco puede perderse de vista la férrea oposición de este fondo privado de pensiones a las pretensiones de la demanda; de tal suerte que en dicho caso, si resulta pertinente emitir condena en costas, acudiendo al criterio previsto en el numeral 1° del art. 365 del CGP.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de las **AFP'S PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, teniendo en cuenta la desventura de sus recursos de alzada. Las mismas serán en favor de la señora **NEOVANY LÓPEZ VÁSQUEZ**; las agencias en derecho se fijan en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, a cargo de cada una de las AFP'S accionadas.

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 las **AFP'S PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, Agencias en derecho: Un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023 para cada una de las recurrentes, en favor de la señora **NEOVANY LÓPEZ VÁSQUEZ**, 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