

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL
APELACIÓN - SENTENCIA

DEMANDANTE	GLORIA CECILIA DE FÁTIMA CARDONA CASTAÑO
DEMANDADOS	PORVENIR- PROTECCION- COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-012-2021-00008-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Confirma

Medellín, ocho (8) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARIA NANCY GARCIA GARCIA 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 **GLORIA CECILIA DE FÁTIMA CARDONA CASTAÑO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **AFP PORVENIR S.A.** y la **AFP PROTECCION**.

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 004**, 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 04 de noviembre de 2022; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la demandante, nació el 24 de agosto de 1965, y se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1984, posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCION, en el año 2000, y luego se trasladó a la AFP PORVENIR, en el año 2007, entidad en donde permanece actualmente.

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

III. – PRETENSIONES

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

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, a través de la contestación allegada (PDF 11 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, aceptó la edad de la demandante y la reclamación de traslado pensional realizada por la actora y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, CONDENA EN COSTAS, EXCEPCIÓN INNOMINADA”*

PROTECCION S.A., hizo lo propio y contestó la demanda (PDF 12), opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, INNOMINADA O GENÉRICA"*

PORVENIR S.A. también describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 03 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de fondo que denominó *"PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE"*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 04 de noviembre de 2022, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación de la señora GLORIA CECILIA DE FÁTIMA CARDONA CASTAÑO, al régimen de ahorro individual con solidaridad, entendiéndose para todos los efectos afiliada sin solución de continuidad en el RPMCD dirigida en la actualidad por COLPENSIONES.

Le impuso a la **AFP PORVENIR S.A.**, trasladar a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros de la señora GLORIA CECILIA DE FÁTIMA CARDONA CASTAÑO, de igual modo debe trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos. A la par se dispone que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

Por su parte le ordenó a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a COLPENSIONES, lo descontado durante el tiempo que estuvo afiliada la señora GLORIA CECILIA DE FÁTIMA CARDONA CASTAÑO, por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos. A la par se dispone que, al momento

de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

A COLPENSIONES le ordenó reactivar la afiliación de la demandante, al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y recibir los mencionados valores e integrarlos al fondo común que administra, y que, las semanas acreditadas por la AFPs acá demandadas se refleje en su historia laboral.

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

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

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

Apelación de PORVENIR: El apoderado judicial de la AFP, cuestionó de manera integral la sentencia de instancia, en **primera medida** por la declaratoria de ineficacia declarada, pues a juicio del togado, el traslado de régimen pensional que hizo la demandante con Protección, es completamente valido y eficaz, toda vez que la actora ejerció su derecho de libre elección dispuesto por la ley 100/1993, decidiendo que quería vincularse al RAIS, y para eso firmó el formulario de afiliación, y así este documento no señale de manera literal la información en que se pudo haber otorgado, si cuenta con la voluntad del afiliado, además, en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, se demuestra que si existió una asesoría, o un acompañamiento, pues suena ilógico que si no se le hubiese brindado la información, la demandante hubiese firmado el documento de afiliación. Así las cosas, la demandante firmó su traslado de régimen pensional,

de manera libre y voluntaria, en ejercicio de lo dispuesto en la ley 100, y en el decreto 663.

Señaló igualmente que, si bien es cierto que las administradoras tienen un deber de información, para el momento en que se dio el traslado, su único deber era no ejercer coacción a los futuros afiliados del RAIS, y la demandante en este caso, hizo actos que permiten ver que si se respetó esa voluntad del afiliado y esa libre elección del régimen pensional.

Resaltó la parte apelante que, si la actora no hubiese querido permanecer al RAIS, no hubiese realizado traslados entre administradoras, y además realizó por varios años cotizaciones al régimen de ahorro individual, por lo tanto, si la persona permanece en este régimen por varios años, ejerce actitudes que demuestran que está conforme, por lo que transcurrido veinte años después, no puede indicar que no recibió información, máxime que no presentó reclamación alguna a la administradora de pensiones por su proceso de traslado, concluyéndose entonces que la demandante si conocía las características de este régimen y quería pensionarse en el RAIS, pues si fuera diferente esa situación, hubiese buscado la manera de trasladarse y vincularse nuevamente al Instituto de los Seguros Sociales.

Puntualizó que no resulta justo y coherente que se requiera otro tipo de documento u obligaciones a las AFP, y en aras de la retroactividad de la norma no puede ser exigido a las administradoras, deberes u obligaciones que no existían para el momento en que se realizó el traslado, pues para ese entonces, (año 2000), el documento exigible no era otro que el formulario de afiliación.

Agregó que la ineficacia o la falta al deber de información que se alega, es un pretexto, pues conforme lo indicó la demandante en el interrogatorio de parte, la inconformidad radica en el valor de su mesada pensional, pero esta no es una razón suficiente para solicitar una ineficacia, pues las condiciones de financiación están dispuestas en la normatividad y la demandante podía tener acceso a esta información a través de la ley 100/1993.

Finalmente señaló que el **segundo aspecto** objeto de inconformidad, es el relativo a la orden de indexación, por lo que solicitó que en el evento de confirmarse la sentencia de primera instancia, no se condene a la AFP a devolver los dineros indexados, pues también se pide retornar los rendimientos financieros, los cuales surgen de la buena administración de la AFP, entonces, se estaría

exigiendo devolver los dineros doble o tres veces más a lo que corresponde, lo que se torna en algo realmente injusto.

Alegatos de Conclusión:

A la doctora KAREN SOFÍA SÁNCHEZ GONZÁLEZ, con T.P. 383.959 del C. S. de la J., quien obra como abogada inscrita en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., que obra como apoderada y representante legal de PORVENIR S.A, se le reconoce personería para representar a la entidad accionada.

En la oportunidad de ley, la apoderada judicial de la **AFP PORVENIR S.A.**, reiteró los puntos materia de la apelación, fundados en los argumentos expuesto en la sustentación del recurso de apelación: **i)** Declaratoria de ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS, **ii)** La condena a reintegrar a Colpensiones el valor de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos.

A la doctora ANYTA CAMILA MOSQUERA BETANCOURT, portadora de la T.P. 340.503 del C. S. de la J., se le reconoce personería para representar a COLPENSIONES, en los términos del poder sustituido.

Por su parte, la apoderada judicial de **COLPENSIONES**, pidió en su escrito de alegaciones, no acoger la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Medellín, en donde se declaró la ineficacia del traslado de la señora GLORIA CECILIA DE FATIMA CARDONA CASTAÑO, pues el traslado efectuado al RAIS, tiene plena validez y no se advierten vicios del consentimiento, ni la omisión de información vital para haber efectuado el cambio de régimen alegados por la demandante.

Así mismo, la accionante está inmersa en la prohibición de traslado de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que señala: “(...) *Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez (...)*”.

Subsidiariamente indica que en el evento de confirmar las pretensiones de la demandante, se tenga en cuenta que Colpensiones como Administradora del Régimen de Prima Media, fue un tercero ajeno al contrato celebrado entre la señora GLORIA CECILIA DE FATIMA CARDONA CASTAÑO, y la AFP PROTECCION S.A.; por lo cual implora que no se imponga condena alguna para la entidad, y se ordene a las AFP demandadas entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del Despacho.

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

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por el apoderado judicial de 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 de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad y la aceptación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida que administra, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

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

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y la afiliación o traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que la señora GLORIA CECILIA DE FÁTIMA CARDONA CASTAÑO, inicialmente se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales, en el año 1984 (PDF 11 folio 38), posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCION S.A., en el año 2000 (PDF 12 folio 40), y luego se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., en el año 2007 (PDF 3 folio 44), entidad en donde se encuentra afiliada 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.- PROTECCIÓN S.A) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría a la actora con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que la atendieron.

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

a un nuevo régimen pensional distinto al de prima media con prestación definida al que ya había pertenecido, y por ello el acto jurídico terminó afectado en su eficacia.

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

Ahora, la Ley 100 de 1993 como norma especial que regula la situación, comprende las exigencias y condiciones de validez de las afiliaciones a las administradoras del régimen privado.

Por lo demás, es preciso indicar que las obligaciones de asesoría y acompañamiento siempre han existido desde que se crearon los dos regímenes pensionales en la Ley 100 de 1993, sin que pueda decirse que se estén haciendo retroactivas obligaciones que solo se hayan impuesto en recientes normas jurídicas.

Para la Colegiatura, ninguno de los argumentos presentados el apoderado judicial de PORVENIR, en su recurso de apelación, ni por el apoderado de COLPENSIONES en su escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, resultan suficientes para que se revoque la ineficacia que declaró la A quo.

Expuso el apoderado judicial de PORVENIR S.A en su recurso de apelación que, al formulario de vinculación no se le puede restar valor probatorio, asumiendo que ese era el único requisito que se exigía para la época. Esta sala no encuentra de recibo esos planteamientos, como quiera que, tal y como se ha visto en la referida jurisprudencia del órgano de cierre, el formulario de afiliación no se erige en la prueba irrefutable de que haya existido asesoría, el mismo solo viene a ser un documento que demuestra la afiliación, pero no es indicativo de que se haya brindado asesoría idónea.

De otro lado, no puede sostenerse que 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 la actora se le brindó asesoría de la que se ha hecho referencia.

En cuanto al argumento de la parte recurrente en su recurso de alzada, en el que se asegura que la demandante afirmó en el interrogatorio de parte que al momento del traslado recibió asesoría y acompañamiento, esta sala disiente de tal planteamiento, pues de lo que se extrae de la declaración de la actora, es que la AFP no cumplió con la carga procesal de información, por lo que para la sala, la ineficacia en la afiliación al RAIS de la señora GLORIA CECILIA DE FÁTIMA, 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 a la demandante un acompañamiento suficiente en su proceso de afiliación.

Ahora bien, sostienen los apoderados judiciales de PORVENIR S.A., en su recurso de apelación y de COLPENSIONES, en su escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, que el traslado de la demandante se dio sin la afectación de ningún vicio del consentimiento.

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

En punto a los denominados actos de relacionamiento que se mencionaron en la sustentación de la alzada por el apoderado judicial de PORVENIR S.A. en su interés de que se revoque la ineficacia, sugiriendo que el traslado entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica la voluntad de la demandante de permanecer al RAIS, 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 en concreto, 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 la AFP 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 la actora la motiva un inconformismo con su expectativa pensional, esta Sala no accede a esos argumentos, teniendo en cuenta que la dinámica probatoria en estos casos se rige por la inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole al fondo privado probar que efectivamente sí brindó asesoría, ante la afirmación indefinida que hace la activa en sentido contrario. Por lo demás, lo dicho por la actora en su interrogatorio y de lo cual la parte recurrente deduce que la solicitud de la demandante 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 COLPENSIONES en el escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, llamó también la atención de este Colegiado, argumentando que la asegurada se encuentra inmersa en la prohibición de retorno establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, sin embargo, dicho planteamiento no es aplicable a casos de ineficacia, ya que esa restricción opera en casos de libre elección de régimen pensional, más no en situaciones en las que se advierte que el acto de afiliación o traslado no produjo ningún efecto, al ser ineficaz por ausencia de información.

Así las cosas, resulta claro que, al ser ineficaz el acto de afiliación de la demandante al RAIS, la actora queda en posibilidad de libre elección de ingreso al régimen pensional que más convenga a sus condiciones particulares, posibilidad que no se ve truncada al faltarle menos de 10 años para la edad pensional, ya que debe retrotraerse la voluntad y el consentimiento válido, esto es, motivado en un verdadero conocimiento del régimen pensional, para que pueda escogerse en condiciones de eficacia el régimen pensional que más

convenga y opte el asegurado. Para el caso concreto, no es otro que el régimen de prima media con prestación definida, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado de la señora GLORIA CECILIA DE FÁTIMA CARDONA CASTAÑO, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

De esta manera, no son suficientes los argumentos presentados por el apoderado judicial de PORVENIR, ni por el apoderado de COLPENSIONES, para revocar la declarada ineficacia que hizo la A quo.

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.

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 S.A o de PROTECCION 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 PORVENIR S.A. ni por PROTECCION S.A., sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliada la actora.

Al respecto, resulta oportuno citar el reciente criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien, en sentencia del 29 de julio de 2020, SL 2877, Radicación 78.667, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha recordado que *“la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los*

mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida...”.

Singularmente se precisa que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al determinar que las implicaciones prácticas de la ineficacia conllevan a que: *“la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el **porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021).* (subraya y negrilla a propósito)

Ahora, esta sala no comparte la apreciación del apoderado judicial de PORVENIR S.A., en el sentido de que deba privarse a la 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 de la demandante y fueron rubros que se generaron incluso a partir de la administración de los recursos de la propia demandante. Aunado a ello, el fondo privado no puede sacar provecho de sus propias omisiones, y afectar a la actora en sus rendimientos financieros.

En último lugar, debe desestimarse el disenso del apoderado judicial de la AFP PORVENIR, cuando solicita que se revoque la orden de indexación de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. En relación con lo anterior, se advierte que esta medida de actualización monetaria ha sido reiterada recientemente por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021, criterio que acoge esta Colegiatura.

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 2°** de la resolutive de la sentencia se ordenó a la **AFP PORVENIR S.A:** *“trasladar a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros de la señora GLORIA CECILIA DE FÁTIMA CARDONA CASTAÑO, de igual modo debe trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el*

*porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos. A la par se dispone que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.” Y el numeral 3º se ordenó a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**: “trasladar a COLPENSIONES, lo descontado durante el tiempo que estuvo afiliada la señora GLORIA CECILIA DE FÁTIMA CARDONA CASTAÑO, por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos. A la par se dispone que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique”.*

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 de la señora GLORIA CECILIA DE FÁTIMA CARDONA CASTAÑO, 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 GLORIA CECILIA DE FÁTIMA CARDONA CASTAÑO, 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