

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	BEATRIZ ELENA RESTREPO RESTREPO
DEMANDADOS	COLPENSIONES- COLFONDOS- PORVENIR
RADICADO	05001-31-05-001-2021-00069-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona

Medellín, siete (7) de marzo 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 **BEATRIZ ELENA RESTREPO RESTREPO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y las **AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 010**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., contra la sentencia que profirió el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 26 de enero de 2023; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la demandante, nació el 4 de noviembre de 1962, y se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1981, posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A., en el año 1994, luego se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., en el año 1997, 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 las administradoras del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a las AFP 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, 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 10 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, aceptó la edad de la demandante y la vinculación al régimen de prima media y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“IMPROCEDENCIA DE DECLARAR INEFICAZ LA AFILIACIÓN AL SISTEMA DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD ADMINISTRADO POR LA AFP PORVENIR S.A, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, BUENA FE, COMPENSACIÓN, EXCEPCIÓN INNOMINADA, DEVOLUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LOS RECURSOS COTIZADOS, PRESCRIPCIÓN”*

COLFONDOS S.A., La entidad contestó la demanda, (PDF 12), por medio de dicha respuesta negó los hechos, y, formuló las excepciones 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 ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO”*

PORVENIR S.A. hizo lo propio y recorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 11 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 26 de enero de 2023, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que solicitara la accionante BEATRIZ ELENA RESTREPO RESTREPO, el día 27 de abril de 1994, a la AFP COLFONDOS S.A., por falta al deber de información, quedando igualmente ineficaz el posterior traslado entre administradoras a la AFP PORVENIR S.A.

A COLPENSIONES le ordenó, tener a la demandante válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y homologar las semanas cotizadas por ésta al RAIS, previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta de ahorro individual.

Por su parte le ordenó a la **AFP PORVENIR S.A.**, trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, los cuales deberán ser indexados desde la fecha en que se descontaron.

Igualmente le ordenó a la **AFP COLFONDOS S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, indexados desde la fecha en que se descontaron.

Condenó en costas procesales a las AFP PORVENIR y COLFONDOS 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.

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 S.A: El apoderado judicial de la AFP, cuestionó la sentencia de primer grado de manera total, señalando que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante se resalta que la misma contaba con información muy precisa respecto de la afiliación en el RAIS, por lo cual concluye que la demandante tomó una decisión informada para el traslado de fondo de pensiones, insistiendo en que la AFP cumplió con el deber de información, de conformidad con la normatividad que se encontraba vigente para ese momento, la cual no exigía dejar constancia escritural de lo informado a la afiliada y siempre la AFP ha contado con asesores comerciales debidamente capacitados que han realizado el debido acompañamiento para las asesorías pensionales.

Expuso además que la prueba documental que extraña la juez de primera instancia, frente aquellos documentos que acreditan la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte actora, pues esta obligación surgió con la circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera y por tanto la AFP, no se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado. La obligación del buen consejo, la doble asesoría, son obligaciones posteriores, surgidas a partir de los años 2010 y 2014, y ello ha sido objeto de estudio por la CSJ en diversas providencias y como estas obligaciones no existían para el momento del traslado de la demandante, no podían aplicarse de forma retroactiva.

De otro lado destacó que la demandante estuvo vinculada inicialmente a la AFP COLFONDOS, habiéndose trasladado posteriormente a PORVENIR, por lo que estima que es contradictorio que ahora manifieste que no se le dio la información cuando se entiende que las entidades capacitan a su personal y los

instruyen para que sepan lo que rige en materia pensional, y las diferencias que existen entre los regímenes.

Adicionalmente solicitó que se revoque la orden de trasladar los gastos de administración y los seguro previsional, toda vez que es un dinero que ya no se encuentra en el patrimonio de la AFP, y cumplieron su fin y propósito para la generación de frutos o rendimientos que se ven reflejados de manera positiva en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y que incluso son superiores a las que se hubieren generado en Colpensiones, por lo que se podría generar un pago de lo no debido o un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Además, el cubrimiento de invalidez y muerte ha sido garantizado a la demandante hasta la actualidad y no puede retrotraerse, pues el servicio ya se ha prestado y éste último concepto no es posible devolverlo por las razones mencionadas; subrayando el recurrente que toda providencia judicial debe estar enfocada al principio de la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, por lo que generar una devolución de esos conceptos, afectaría dicho principio.

Finalmente, el apelante solicitó que debe ser revocada la orden de condena en costas procesales, toda vez que la AFP ha actuado de buena fe y de acuerdo a la normatividad legal vigente por lo cual no habría lugar a una condena en costas.

Alegatos de Conclusión:

Al doctor OCTAVIO ANDRES CASTILLO OCAMPO, portador de la tarjeta profesional 380.131 del C. S. de la J., abogado inscrito en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., se le reconoce personería para representar a PORVENIR S.A. El apoderado judicial de la **AFP PORVENIR S.A.**, dentro de la oportunidad de ley presentó escrito de alegatos de conclusión mediante el cual solicitó que se revoque íntegramente la sentencia, argumentando que no le asiste razón al fallador de instancia y reiterando los puntos y argumentos objeto de apelación que conciernen especialmente a: 1. Declaratoria de ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS. 2. La condena de reintegrar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, debidamente indexados. 3. Condena en costas a cargo de mi representada.

COLPENSIONES, por su parte, pidió en su escrito de alegaciones, no acoger la sentencia proferida por la A quo, bajo la consideración que la demandante 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 se pidió que en el evento de conformarse la sentencia, se ordene trasladar todo concepto que repose en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, conforme a las sentencias SL 4964, 2018, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1689 de 2019, 1452 de 2019, ordenando el traslado de las cuotas de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, para que se garantice el financiamiento de la futura pensión, en tanto tales conceptos no se pueden compensar con los rendimientos financieros; y además imploró que, para efectos de mantener el principio de sostenibilidad financiera, **se adicione la sentencia**, respecto a los conceptos ordenados a los fondos, **incluyendo además**, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguro de Fogarín, frutos e intereses y los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional, causados durante el tiempo en que la parte demandante, estuvo afiliada a las Administradoras del RAIS debidamente indexadas para que con ello, se evite causar cualquier tipo de perjuicio o detrimento económico a la entidad.

Finalmente indicó el togado que, la juez de instancia no se refirió sobre el tiempo que debe trasladar el fondo privado con destino a Colpensiones, aquellas sumas dinerarias ordenadas en la sentencia, lo cual a su juicio, resulta de vital importancia, por cuanto con ello se financia la pensión de la actora, indicando que se vienen presentando inconvenientes frente al asunto, dado que luego de la ejecutoria de la decisión judicial, los interesados acuden a Colpensiones a reclamar su pensión de vejez y la entidad no cuenta con los recursos económicos para financiar la misma, dado que no se especifica el tiempo que se debe trasladar los aportes y sus rendimientos.

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 BEATRIZ ELENA RESTREPO RESTREPO, se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1981

(PDF 10 folio 45), posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A., en el año 1994 (PDF 12 folio 15), y luego se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., en el año 1997 (PDF 11 folio 34), entidad 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 (COLFONDOS S.A.- PORVENIR 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.

Para la Colegiatura, ninguno de los argumentos presentados por el apoderado judicial de la AFP 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 la AFP PORVENIR S.A que la prueba documental que extraña la juez de primera instancia, frente aquellos documentos que acreditan la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte actora, pues esta obligación surgió con la circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Enfatizó que la obligación del buen consejo y la doble asesoría, son obligaciones posteriores, surgidas a partir de los años 2010 y 2014, y ello ha sido objeto de estudio por la CSJ en diversas providencias y como estas obligaciones no existían para el momento del traslado de la demandante, no podían aplicarse de forma retroactiva.

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 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.

Ahora bien, sostiene el apoderado judicial de PORVENIR S.A., que la demandante era consciente del acto jurídico que estaba celebrando y por tanto no se le podría restar validez al negocio jurídico que celebró la actora.

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 lo concerniente al señalamiento del apoderado judicial de PORVENIR respecto a que en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, quedó probado que ésta recibió una información muy precisa respecto de la afiliación en el RAIS, asegurando que la actora tomó una decisión informada para el traslado de fondo de pensiones, esta sala no comparte tal afirmación, teniendo en cuenta que en este caso en concreto la AFP no logró demostrar el deber de información y buen consejo, 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.

Y en punto de cuestionamiento, se destaca el requerimiento del apoderado de PORVENIR, quien aduce que la AFP no se encuentra en una mejor posición probatoria. Al respecto se destaca la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 4680-2020 señaló que: *“la inversión de la carga de la prueba en estos eventos opera en favor de los afiliados, al comparar que dentro de la relación, los mismos se constituyen en la parte débil del vínculo contractual.”*

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, puesto que inicialmente la demandante estuvo vinculada en Colfondos y luego en Porvenir, 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 la AFP no logró demostrar el

deber de información y buen consejo que le asiste, se repite, para la fecha de su traslado inicial.

De otro lado, llamó la atención de este Colegiado, el apoderado judicial de COLPENSIONES, al momento de presentar su escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, 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.

En efecto, 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 **BEATRIZ ELENA RESTREPO RESTREPO**, 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.

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 controvertido tanto por el apoderado

de la AFP PORVENIR en su recurso de alzada, como por el apoderado de COLPENSIONES en su escrito de alegatos de conclusión.

Instó a esta sala el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. a que se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración, y los seguros previsionales, dada en el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia, al considerar que ha administrado correctamente los recursos de la cuenta de ahorro individual del asegurado, disponiendo del mayor cuidado y diligencia para lograr la significativa generación de rendimientos financieros, por lo que concluye que la AFP, tiene derecho a conservar la comisión de administración. Resaltó que la AFP pagó en su momento las primas previsionales a las respectivas aseguradoras, generando cobertura en favor de la demandante frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia, por lo que dicha entidad estaría imposibilitada para recobrar dichas sumas. Añadió que ordenar la devolución de los gastos de administración se constituiría en una situación generadora de un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES.

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.

Las órdenes dadas por la juez de primer grado se amparan 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 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.

Es importante destacar que en el sub judice no se configura el supuesto enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES a que hace referencia el apoderado judicial de PORVENIR S.A., ya que, es evidente que la afiliada no está percibiendo para sí al mismo tiempo los rendimientos financieros y las devoluciones por gastos de administración y primas previsionales, como quiera que estos rubros se ordenó devolver para ser consecuentes con los efectos de la ineficacia y permitirle a COLPENSIONES realizar las deducciones de ley al tener que asumir que la asegurada ha pertenecido a esa administradora por siempre y sin solución de continuidad.

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 la AFP PORVENIR 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 la AFP PORVENIR 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...”*.

En punto de que a la demandante se le brindó la respectiva cobertura frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia, esta sala aplica los anteriores argumentos para destacar que la decisión que se está adoptando no afecta el hecho de la buena fe de las aseguradoras, como quiera que las órdenes que se están dando no se hacen extensivas a ellas, por lo que resulta irrelevante que haya percibido 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 sus propios patrimonios.

Singularmente se precisa que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al determinar que las implicaciones prácticas de la ineficacia conllevan a que: **“la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de**

garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021). (subraya y negrilla a propósito)

Por otra parte, el apoderado judicial de COLPENSIONES en su escrito de alegatos de conclusión, pidió que se **adicione la sentencia** censurada, para que se ordene a las AFP demandadas, devolver a Colpensiones, los seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguro fogafín, los frutos e intereses, y los aportes al fondo de solidaridad pensional, todos estos conceptos, debidamente indexados; para que con ello se evite causar cualquier tipo de detrimento a Colpensiones. Añadió además que la juez de instancia no **se refirió sobre el tiempo** en que las AFP demandadas, deben trasladar con destino a Colpensiones, aquellas sumas dinerarias ordenadas en la sentencia.

Pues bien, en el **numeral tercero y cuarto** de la parte resolutive de la sentencia, la A quo ordenó:

“TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. **a trasladar en un término máximo de 30 días**, el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, estos porcentajes deberán ser indexados desde la fecha en que se descontaron.

CUARTO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., **a trasladar en un término máximo de 30 días** a COLPENSIONES los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, indexados desde la fecha en que se descontaron.

En lo que atañe a la petición de adición de la sentencia, de los seguros de invalidez y sobrevivencia y la prima de reaseguro de fogafín, debe precisarse que dichos conceptos ya fueron ordenados por la A quo, en la orden emitida de devolver los “seguros previsionales”, pues estos ítems se encuentran incluidos dentro del descuento del 3% del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 cuya devolución se ordenó, por lo que no es necesario hacer la adición que se solicita.

Así mismo tampoco es dable adicionar la sentencia como lo solicita el apoderado de Colpensiones incluyendo el porcentaje descontado para el fondo de solidaridad pensional, ya que este es un descuento que se hace tanto en el régimen de prima media como en el RAIS a quienes devenguen más de 4 SMLMV, conforme al artículo 27 de la Ley 100 de 1993 y va destinado al Fondo de Solidaridad Pensional, que es una cuenta especial de la Nación, sin

personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo.¹, amén que tampoco se constituye para la garantía de las pensiones de los asegurados.

Singularmente en cuanto a los frutos e intereses, los mismos hacen parte de los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En torno a las implicaciones prácticas de la ineficacia, punto de cuestionamiento por el apoderado de COLPENSIONES, se precisa que ha sido pacífica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al determinar de manera diáfana, los conceptos que se deben retornar a Colpensiones:

*“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 solicitud invocada por el apoderado judicial de COLPENSIONES, advirtiendo, además esta sala, que, en la sentencia de primer grado, si se establece de manera clara e inequívoca el término en que las AFP demandadas han de dar cumplimiento a las órdenes dispuestas.

En último lugar, advierte la sala que en el **numeral tercero** de la parte resolutive de la sentencia, se ordenó a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a Colpensiones el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin especificar que se debe incluir los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, por lo que se ADICIONARÁ en este sentido dicho numeral; Igualmente, se ADICIONARÁN los **numerales tercero y cuarto** de la sentencia de primer grado para efectos de ordenar a las **AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**, remitan a **COLPENSIONES**, al momento de cumplirse la orden impartida, la relación discriminada de los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, tal y como lo solicitó el apoderado de COLPENSIONES, en su recurso de alzada.

¹ El Fondo de Solidaridad Pensional se configura con aportes adicionales de los afiliados al sistema general de pensiones, indistintamente del régimen al que se encuentren vinculados, según se establece en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 (modificado por artículo 7 ley 797 de 2003)

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 obrado de mala fe.

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.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de la **AFP PORVENIR S.A.**, teniendo en cuenta la desventura de su recurso de alzada. Las mismas serán en favor de la señora **BEATRIZ ELENA RESTREPO RESTREPO**; las agencias en derecho se fijan en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023.

VIII. - DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo dispuesto, los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, por lo indicado en la parte motiva.

ADICIONAR los numerales **tercero y cuarto** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de **ORDENAR** que las **AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**, remitan a **COLPENSIONES**, al momento de cumplirse la orden impartida, la relación discriminada de los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR dicha sentencia en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a la **AFP PORVENIR S.A.** Agencias en derecho: Un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, en favor de la señora **BEATRIZ ELENA RESTREPO RESTREPO**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

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

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA