

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL
APELACIÓN - SENTENCIA

DEMANDANTE	ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PORVENIR-COLFONDOS
RADICADO	05001-31-05-004-2019-00766-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional – Pensión de vejez
DECISIÓN	Confirma

Medellín, diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023)

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

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 015**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuestos, por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR y por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia que profirió el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 22 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 el demandante ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO, nació el 30 de mayo de 1960. Que el actor se afilió al régimen de ahorro individual a través de la AFP COLFONDOS, en el año 1994, y luego se trasladó a la AFP PORVENIR en el año 2000, régimen en el que 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 atendido para afiliarse a las AFP demandadas, 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 traslado de régimen pensional.

Se expresó que el demandante tiene 59 años de edad y cuenta con 1.582 semanas de cotización.

III. – PRETENSIONES

DECLARACIONES PRINCIPALES

- ❖ DECLARAR la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS, por ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO, realizada y promovida por la AFP COLFONDOS.
- ❖ DECLARAR la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS, por ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO, realizada y promovida por la AFP PORVENIR.
- ❖ Declarar que el señor ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO, se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

- ❖ DECLARAR que el señor ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO, tiene derecho al reconocimiento de su pensión de vejez en COLPENSIONES.

CONDENATORIAS

- ❖ Condenar a la AFP PORVENIR, a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos a que haya lugar.
- ❖ Condenar a la AFP PORVENIR, a registrar en el sistema de información de los fondos privados, que las afiliaciones por el señor ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO, son ineficaces.
- ❖ Condenar a COLPENSIONES a activar la afiliación del señor ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO, en el régimen de prima media.
- ❖ Condenar a las administradoras de pensiones demandadas sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.
- ❖ Condenar a las demandadas al pago de las costas que se causen.

SUBSIDIARIAS DECLARATIVAS

- ❖ DECLARAR la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS, por ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO, realizada y promovida por la AFP COLFONDOS.
- ❖ DECLARAR la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS, por ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO, realizada y promovida por la AFP PORVENIR.
- ❖ Declarar que el señor ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO, se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.
- ❖ DECLARAR que el señor ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO, tiene derecho al reconocimiento de su pensión de vejez en COLPENSIONES.

CONDENATORIAS

- ❖ Condenar a la AFP PORVENIR, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos a que haya lugar.
- ❖ Condenar a la AFP PORVENIR, a registrar en el sistema de información de los fondos privados, que las afiliaciones por el señor ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO, son nulos.
- ❖ Condenar a COLPENSIONES a activar la afiliación del señor ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO, en el régimen de prima media.
- ❖ Condenar a las administradoras de pensiones demandadas sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.
- ❖ Condenar a las demandadas al pago de las costas que se causen.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, allegó contestación (PDF 04 del expediente digital), a través de la misma, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, puntualizando que se opone al reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada por el actor, en primer lugar, porque la entidad llamada a cubrir los riesgos cubiertos por el sistema general de pensiones es la AFP PORVENIR bajo los presupuestos propios del régimen de ahorro individual. En segundo lugar, el demandante cuenta con 51 años, por lo que se presenta una petición anticipada. Finalmente, en la reclamación administrativa elevada a la Entidad, no solicita la pensión deprecada por lo que en sede judicial no está llamada a prosperar dicha petición; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, PRESUNCION DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS, BUENA FE, PRESCRIPCION Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, IMPOSIBILIDAD DE PAGAR PENSIÓN DE VEJEZ”*

PORVENIR S.A., Hizo lo propio y mediante contestación allegada (PDF 01 folio 219 del expediente digital). Se opuso a la prosperidad de las pretensiones 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”*

En auto del 18 de febrero de 2022, visible en el PDF 13, el despacho de primera instancia determinó que, pese haberse efectuado en debida forma la notificación a la codemandada COLFONDOS S.A., la entidad no contestó la demanda.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 23 de noviembre de 2022, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación del señor ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO, y, en consecuencia, declaró que el actor ha permanecido afiliado sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES.

Le impuso a la **AFP PORVENIR S.A.**, la obligación de trasladar a COLPENSIONES, los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante, aportes, cotizaciones y rendimientos financieros, en forma completa. Asimismo, dispuso que la AFP retornará las cuotas de administración, los pagos de seguro y reaseguro, y los pagos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde su causación y hasta su pago y con cargo al propio patrimonio de la entidad. Se ordenó también que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Igualmente se ordenó a la **AFP COLFONDOS S.A.**, la obligación de trasladar a COLPENSIONES, las cuotas de administración, comisiones, gastos o pagos de seguro y reaseguro, y los pagos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde su causación y hasta su pago y con cargo al propio patrimonio de la entidad. Se ordenó también que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus

respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Se ORDENÓ a **COLPENSIONES**, reactivar la afiliación del demandante sin solución de continuidad, y recibir todos los dineros que sean trasladados por PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

Condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a favor del demandante, conforme a lo dispuesto en los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, por acreditar el actor, la densidad de semanas y la edad requerida por la ley. La pensión será vitalicia y efectiva, una vez el actor acredite la desafiliación del sistema de pensiones, oportunidad en la cual, COLPENSIONES, deberá realizar la liquidación de la prestación, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, pensión que se pagará mensualmente, con derecho a 13 mesadas anuales y descuentos en salud. A partir de la firmeza de la sentencia tendrá COLPENSIONES, cuatro (4) meses para efectuar el reconocimiento pensional declarado.

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

El 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.

En lo concerniente a la prestación económica, relativa a la pensión de vejez, el A quo, encontró configurados los requisitos legales para el reconocimiento pensional, bajo los presupuestos y exigencias del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, tras concluir que el demandante cumple con el requisito de la edad, y con las semanas mínimas de cotización, tras cotejar que el actor cuenta cumple los 62 años de edad, y que en

la actualidad cuenta con más de 1.500 semanas cotizadas en su vida laboral, sin embargo, condicionó el disfrute, a la acreditación del retiro o desafiliación del sistema general de pensiones.

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

La sentencia de primera instancia fue apelada tanto por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, como por el apoderado de COLPENSIONES.

Apelación de la AFP PORVENIR:

Expuso el recurrente que no existen razones fácticas, ni jurídicas para la declaratoria de ineficacia, dado que, como se indicó en los alegatos de conclusión, quedó plenamente probado en el proceso que el demandante sí conocía las implicaciones del acto jurídico que estaba celebrado y además el demandante manifestó en el interrogatorio de parte, tener conocimiento de los aspectos del régimen de ahorro individual, motivo por el cual, no podría decirse que el mismo no contaba con la información necesaria para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional de manera informada.

Resaltó el apelante que la prueba documental que extraña el juez de la primera instancia, relativa a que el formulario de afiliación no da cuenta de una decisión informada, para la época en que se efectuó el traslado de régimen pensional, no existía dicha obligación a cargo de los fondos, de guardar un soporte documental de forma estricta o escrita, y sin embargo se aporta un formulario de afiliación, que el demandante manifiesta haber firmado, y haber manifestado en el interrogatorio de parte, que es conocedor de todos estos aspectos.

Dijo que, teniendo en cuenta lo anterior y la validez de la afiliación, debe ser revocada la decisión de la declaratoria de ineficacia, y además la condena consistente en trasladar a Colpensiones, los dineros recibidos por motivo de la afiliación del demandante, sin embargo y si se decide mantener en firme la declaratoria de ineficacia, se solicita se revoque la condena a devolver los gastos

de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, de forma indexada, dado que se trata de gastos que no se invirtieron de forma antojadiza por parte de la AFP, sino siempre obrando de acuerdo a la normatividad vigente, e igualmente estos dineros ya no están en el patrimonio de la AFP Porvenir. En cuanto a los seguros previsionales, dijo que son emolumentos destinados a un tercero, como son las aseguradoras y que tampoco los tiene la AFP en su poder. En cuanto a la indexación que se ordena en la sentencia, también se ordenó previamente trasladar los rendimientos financieros, y en ese sentido, los rendimientos más la indexación, de cierta forma implicaría una doble condena, y un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

Apelación de COLPENSIONES:

Manifestó el apelante que no era dable la declaratoria de ineficacia, por cuanto el acto cumplió con los requisitos de forma y fondo para ser válido, el traslado se dio en debida forma. Igualmente, el debate probatorio se observó a plenitud y con total objetividad, que las AFP, dieron cumplimiento con lo que al momento era el deber de información, y buen consejo, y se pudo validar que el afiliado se le dio una información que correspondía para la época, y tuvo conocimiento de los elementos constitutivos del RAIS, situación que desde luego da claridad respecto del conocimiento, requisitos y consentimiento del afiliado para permanecer en dicho régimen.

Pidió que se revoque la decisión de declaratoria de ineficacia, sustentada en la sentencia T -122 de 2017, pues en su sentir, no puede considerarse a todos los afiliados como una parte débil, por cuanto la misma ley, previó los deberes en cabeza de los mismos, y enfatizó, que no por interés propio, ni por diferencias en la mesada pensional, se pueda pretender el traslado de régimen, máxime que el actor se encuentra a portas de pensionarse.

Alegatos de Conclusión:

El apoderado judicial de la **AFP PORVENIR S.A.**, presentó escrito de alegatos de conclusión, a través del cual solicitó revocar las siguientes ordenes: **1) La declaratoria de ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS. 2) La condena de reintegrar a Colpensiones los valores que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante y que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como capital y rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a conformar el FGPM y los valores usados en seguros previsionales, sumas que se condenan a trasladar debidamente indexadas.**

De otro lado, el apoderado judicial de **COLPENSIONES** manifestó que no es factible considerar a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, pues la misma ley previó distintos deberes en cabeza de los mismos con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera.

Expuso que si bien existe una intervención de asesoría de la administradora de pensiones que podría generar un vicio en la voluntad del traslado, ello debe demostrarse, pues de lo contrario predominarían las conjeturas y suposiciones, y no los hechos debidamente demostrados en el proceso en los que intervino directamente el demandante.

A tono con lo anterior, se concluyó que el actor al presentar actos de convalidación, reafirmó su voluntad genuina de permanecer en el RAIS, que hizo denotar el compromiso serio de pertenecer en ella, como, por ejemplo, los traslados entre los fondos privados.

Sostuvo que al momento en que el demandante hizo el traslado de régimen pensional, tenía la capacidad de discernir cuál de los dos regímenes le era más favorable, cuestionando y formulando las respectivas dudas que a bien tuviere, toda vez que en tratándose de un derecho tan importante como el pensional, la obligación mínima exigida para la parte demandante, era la de informarse al momento de la suscripción, por lo que advierte que su vinculación se dio de manera *“libre, espontánea y sin presiones”*

Finalmente expuso que respecto a la pretensión del reconcomiendo pensional hay una evidente falta de legitimación en la causa, en tanto Colpensiones al ser un tercero de Buena fe, no tiene el deber del reconocimiento pensional, razón por la cual no le asiste una obligación de carácter legal o reglamentaria que subyazca de una relación jurídica sustancial para con el demandante. Que de conformidad con el artículo 33 de la ley 100/93, debe otorgársele a Colpensiones el termino de 4 meses para estudiar la misma, y ello además, una vez reciba a plena satisfacción y equivalente todos los aportes del RAIS, ya que si bien obra en el expediente reclamación administrativa con relación a la misma, ésta no puede verse como un simple formalismo, sino que la entidad debe pronunciarse de fondo, toda vez que al momento de radicar dicha reclamación a Colpensiones, la entidad no tenía conocimiento de la historia laboral de la parte actora.

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- y pensión de vejez.

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR y por el apoderado de COLPENSIONES, sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones relacionada con la declarada ineficacia de traslado de régimen pensional y la aceptación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida que administra, así como, lo dispuesto respecto a la pensión de vejez, 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 el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizó el demandante, a través de las AFP demandadas, alcanzaron o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

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

Esto lleva a la Sala a 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 el traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, 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 el traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber tomado la decisión inicial, o por el hecho de que el asegurado se haya trasladado incluso entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 comprueba que el señor ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO, se vinculó al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1980 (PDF 01 folio 33), y posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS en el año 1994 (PDF 08 folio 47), y posteriormente se trasladó a la AFP PORVENIR en el año 2000 (PDF 1 folio 37), entidad en donde se encuentra actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, 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 y PORVENIR S.A.) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría al demandante con suficiencia en su proceso de traslado.

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 el cambio de régimen, 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 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 el apoderado judicial de la AFP PORVENIR ni por el apoderado de COLPENSIONES, en sus recursos de apelación, resultan suficientes para que se revoque la ineficacia que declaró el A quo, resaltando que las AFP demandadas tenían la carga probatoria de haberle brindado asesoría al asegurado en su proceso de traslado.

Ahora bien, los apoderados judicial recurrentes, argumentan en su recurso de alzada que las AFP demandadas cumplieron con los requisitos de fondo y forma que se exigían para el momento en que se produjo el traslado, es decir, con el deber de información y buen consejo.

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

Ambos apoderados insistieron en el vigor de la afiliación del demandante, señalando que la misma se dio de manera libre y voluntaria, haciendo referencia al hecho de que la firma del formulario constituye una razón suficiente para dar cuenta de la validez del acto de afiliación.

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

Bajo este entendimiento, no les asiste razón a los apoderados apelantes. Es preciso recordar que el deber de información, asesoría y acompañamiento es de mayor entidad y comprende un proceso real en el que el asegurado tenga la posibilidad de escuchar con el suficiente detalle todas las variables que representaría un cambio de régimen pensional, pues no es adecuado limitarse a la suscripción del formulario, pues se itera, que el deber de información a cargo de las AFP, emana de una responsabilidad de carácter profesional que le impone el deber de suministrar al afiliado la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado.

En punto a los denominados actos de relacionamiento que se mencionaron por el apoderado judicial de COLPENSIONES, en su escrito de alegatos de conclusión, 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 del demandante de permanecer al RAIS, puesto que inicialmente estuvo vinculado a la AFP Colfondos, luego a 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 en concreto, si bien se corrobora que el demandante ha tenido *posterior* traslado 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 el afiliado estaba obligado a cumplir, lo cual no se traduce necesariamente en la intención de permanecer en el RAIS, precisando además que en este caso en concreto la AFP no logró demostrar el deber de información y buen consejo que le asiste, se repite, para la fecha de su traslado inicial.

El otro punto de cuestionamiento que destaca el apoderado de COLPENSIONES, es en relación a la carga de la prueba que en este tipo de asuntos debe asumir el demandante. Al respecto la Sala destaca la sentencia SL 4680-2020, proferida por la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se señala que, en los procesos de ineficacia del traslado, “*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.*” (negrilla fuera de texto)

El apoderado judicial de la AFP PORVENIR, también llamó la atención en punto a que el actor conocía las implicaciones del acto jurídico que estaba celebrado, pues en su sentir, el actor en el interrogatorio de parte, dijo tener conocimiento de los aspectos propios del régimen de ahorro individual.

Pues bien, en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, éste puso de manifiesto que en efecto al momento de afiliarse a los fondos privados, recibió información concerniente al RAIS, en particular dijo que le informaron

sobre el bono pensional, los rendimientos financieros, la cuenta de ahorro individual y los aportes voluntarios.

Ahora bien, y contrario a lo afirmado por la parte recurrente, de lo que se extrae de la declaración del actor, es que las AFP no cumplió con la carga procesal de información, sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, por lo que para la sala, la ineficacia en la afiliación al RAIS del demandante, se configura, a raíz de la afiliación ausente de información por parte de las AFP demandadas, quienes tampoco acreditaron en los términos que determina el artículo 167 del C.G.P, haberle brindado al demandante un acompañamiento suficiente en su proceso de afiliación.

Así las cosas, esta sala resalta la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al determinar que la ineficacia se presenta en el momento de la afiliación ausente de información, esto es, no nace a la vida jurídica, sin que importen las conductas posteriores, ya que el acto no alcanzó a producir efectos jurídicos.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado del señor **ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO**, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud de la competencia en Grado Jurisdiccional de Consulta, de que dispone este colegiado, que impone la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele al demandante, aspecto que es cuestionado por el apoderado de la AFP PORVENIR, en su recurso de alzada.

El apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. pide que se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración, y los seguros previsionales, dada en 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, y generando un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, ya que dicha entidad estaría recibiendo una comisión que ni siquiera tiene por destino financiar la pensión de vejez del asegurado. Enfatizó que la AFP pagó en su momento las primas previsionales a las respectivas aseguradoras, generando cobertura en favor del demandante frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia.

Esta sala no acogerá esos argumentos y mantendrá la orden de traslado en los términos ordenados por el 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 el juez de primer grado 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 del asegurado y para todos los efectos legales lo tenga afiliado al fondo público sin solución de continuidad.

Ahora, si bien, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece la facultad que tienen las administradoras de descontar los gastos de administración y demás descuentos, ello opera en el marco de un traslado que no adolezca de ineficacia, esto es, que se trate de una pertenencia al régimen legítima que no sea ineficaz. Así, en actos jurídicos que conserven su validez y se hayan realizado en condiciones ordinarias con la garantía del buen consejo, el acompañamiento y la asesoría, es evidente que dichos descuentos pueden realizarse y no existiría lugar a devolverlos. No obstante, mientras el acto sea ineficaz, se encuentra justificado el retorno económico global de todo lo que se hubiere generado en virtud de ese acto que no nació a la vida jurídica.

Los efectos de la ineficacia se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que el demandante haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa de las

AFP COLFONDOS o 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 ni por la AFP COLFONDOS ni por PORVENIR S.A, sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliado el actor.

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

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

Ahora bien y en punto de que al 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 el actor la respectiva cobertura, ya que se trató de un acto de traslado ineficaz, haciéndose imperioso que los fondos privados asumas las consecuencias económicas de sus omisiones, de sus propios patrimonios.

En torno a las implicaciones prácticas de la ineficacia, que es asimismo objeto de cuestionamiento por el apoderado de la AFP PORVENIR, se precisa que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al determinar de manera diáfana, los conceptos que se deben regresar 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)

El último punto de cuestionamiento del apoderado de la APF PORVENIR, es en relación a la orden de indexación de las condenas, pues a su juicio se estaría generando una doble condena.

En torno a este cuestionamiento, la sala precisa que COLPENSIONES no tiene por qué recibir sumas depreciadas los conceptos que se ordenan trasladar. A lo anterior se agrega que la medida de actualización monetaria ha sido reiterada por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021.

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

PENSIÓN VEJEZ

Esta Sala confirmará también la condena de pensión de vejez, toda vez que al encontrarse el demandante válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad, y reunir los requisitos de causación relativos al cumplimiento de una edad, y una densidad mínima de cotizaciones, bajo la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, era deber del operador jurídico declarar probado este derecho.

Y es que, de la prueba documental aportada con la demanda, concretamente, el documento de identidad del demandante, y la historia laboral expedida por la

AFP PORVENIR S.A., es evidente que el señor **ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO**, nació el **30 de mayo de 1960** (PDF 01 folio 29), por lo que, el actor cuenta con 62 años de edad, y tiene en su haber **1.605** semanas cotizadas (PDF 01 folio 285); cumpliendo así con la edad mínima de 62 años para hombres y 1.300 semanas cotizadas, como exigencia legal para obtener la pensión de vejez.

“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ.<Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. <Ver Notas del Editor> Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)”

Ahora bien y en relación al DISFRUTE PENSIONAL, debe advertirse que la misma ley (arts. 13 y 35 del acuerdo 049 de 1990 integrados al régimen de prima media con prestación definida en virtud del art. 31 de la Ley 100 de 1993), tiene diferenciado los fenómenos jurídicos de la **causación** y el **disfrute** de la pensión, el primer de estos ocurre cuando el afiliado logra completar la edad pensional y la densidad mínima de cotizaciones, pero para comenzar a percibir el pago de su mesada pensional, este mismo afiliado debe acreditar la desafiliación o retiro del sistema general de pensiones, es decir, exteriorizar de manera inequívoca su deseo o intención de consolidar su status de pensionado, veamos:

“ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”

“ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de

la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona”.

Ahora, el demandante cumplió los 62 años de edad, el **30 de mayo de 2022**, época en la que **causó** el derecho de la pensión, al haber logrado completar la edad pensional y la densidad mínima de cotizaciones, no obstante, el actor de acuerdo a su manifestación en el interrogatorio de parte, aún continúa laborando y en particular realizando aportes al sistema general de pensiones (PDF 21 minuto 33:11 y minuto 1.01.00), el disfrute de su pensión de vejez, quedará necesariamente condicionado a la desafiliación o retiro, pues de conformidad con el art. 19 del Decreto 692 de 1994, todo afiliado pese haber cumplido los requisitos para causar una pensión de vejez, podrá continuar cotizando, a su cargo, hasta por cinco (5) años adicionales para aumentar el monto de su pensión, quedando así proscrito el reconocimiento automático de pensiones de vejez, con el simple cumplimiento de los requisitos de edad y semanas cotizadas o tiempo de servicios.

En consideración de lo expuesto, se confirmará la orden que condicionó el **disfrute** de la pensión del actor, una vez éste acredite la desafiliación o retiro del sistema general de pensiones, evento en el cual, COLPENSIONES procederá a efectuar la liquidación de la pensión, en los términos dispuestos en el artículo 21, 33 y 34 de la ley 100 de 1993, conforme bien lo señaló el A quo, liquidado sobre 13 mesadas pensionales por año completo y realizando los descuentos con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de la **AFP PORVENIR S.A.** y a **COLPENSIONES**, teniendo en cuenta la desventura de sus recursos de alzada. Las mismas serán en favor del señor **ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO**, y ascenderán las agencias en derecho a la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, que pagarán cada una de las entidades apelantes al demandante.

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 íntegramente la sentencia de primera instancia, de fecha y procedencia conocidas, que se conoce en Apelación y Consulta, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a la **AFP PORVENIR S.A.** y a **COLPENSIONES**. Agencias en derecho: un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023 y en favor del señor **ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ ESCRIBANO**, que pagarán cada una de las entidades apelantes, al demandante, 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