

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	LUZ DARY DEL SOCORRO SÁNCHEZ LOTERO
DEMANDADOS	PORVENIR- PROTECCION -COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-025-2021-00304-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	confirma

Medellín, veintiséis (26) 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, 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 **LUZ DARY DEL SOCORRO SÁNCHEZ LOTERO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y las **AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 016**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la AFP PORVENIR, contra la sentencia que profirió el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 1 de marzo de 2023; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que, la demandante nació el 28 diciembre de 1966 y se vinculó al administrado por el extinto ISS en el año 1987, posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., a partir del año 1994, y luego se trasladó a la AFP PROTECCION S.A. en el año 2000, fondo privado donde se encuentra afiliada en la actualidad.

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 dichas administradoras.

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 12 del expediente digital), aceptó la edad de la demandante, su vinculación a la entidad administradora de pensiones y negó los demás hechos. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, INEXISTENCIA DE NULIDAD DEL TRASLADO A LA AFP DEL RAIS, IMPROCEDENCIA DE LA OBLIGACION DE PAGAR INTERESES MORATORIOS, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN, INOPONIBILIDAD DEL ACTO JURÍDICO DE*

AFILIACIÓN DE LA ACTORA CON LA AFP PROTECCION FRENTE A COLPENSIONES COMO TERCERO DE BUENA FE, INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE PENSIONES EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA, DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL, EQUIVALENCIA DEL AHORRO O DIFERENCIAS PENSIONALES, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DEBIDAMENTE INDEXADAS POR PARTE DE LA AFP PROTECCION S.A., DEVOLUCIÓN DE LOS APORTES DEBIDAMENTE DISCRIMINADOS, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, CONDENA EN COSTAS"

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 todos los hechos de la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *"PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE"*

PROTECCIÓN S.A. también contestó la demanda según se observa en el PDF 14 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones de fondo que denominó: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, INNOMINADA O GENÉRICA, 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"*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 1 de marzo de 2023, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado que hizo la señora LUZ DARY DEL SOCORRO SÁNCHEZ LOTERO, en abril de 1994, y los consecuentes traslados horizontales y entender que para todos los efectos legales nunca se trasladó y por tanto siempre permaneció en el RPM PD hoy administrado por COLPENSIONES.

Le impuso a la **AFP PROTECCION S.A** trasladar a COLPENSIONES, todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual de la señora LUZ DARY DEL SOCORRO SÁNCHEZ LOTERO, incluyendo las cotizaciones completas y rendimientos financieros y sin lugar a los descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, prima de reaseguro de FOGAFÍN, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora que se hubiesen podido generar por el período comprendido entre el 1 de enero de 2000 y hasta la fecha en que se materialice el traslado efectivo.

Se ordenó a la **AFP PORVENIR S.A** trasladar a COLPENSIONES los descuentos que efectuó a las cotizaciones de la demandante para prima de reaseguro de FOGAFÍN, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora; entre el 1 de mayo de 1994 y el 31 de diciembre de 1999.

Se dispuso que las sumas por concepto de descuentos deberán trasladarse por las administradoras debidamente **indexadas**, con cargo a sus propios recursos. Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento del traslado deberán ser devueltas a la demandante, sin lugar a beneficios tributarios.

A la par se ordenó que, al momento de cumplirse 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.

A COLPENSIONES, le ordenó recibir de las AFP PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A, los valores aludidos, e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la señora LUZ DARY DEL SOCORRO SÁNCHEZ LOTERO.

Se previno a la AFP PROTECCIÓN S.A, que en el caso en que haya recibido el bono pensional en el que estarían representadas las cotizaciones al RPM de la demandante, restituirlo a la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación.

Condenó en costas procesales a las AFP PORVENIR SA. y PROTECCIÓN S.A., y se abstuvo de imponer costas a cargo de COLPENSIONES.

La A quo para declarar la ineficacia de la afiliación, 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 judicial de PORVENIR y fue sustentada en cuatro aspectos.

En el **primer punto** el recurrente señaló que no existen razones fácticas, ni jurídicas para que se declare la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual, pues la actora se trasladó de manera libre y voluntaria, como lo manifestó aquella en el interrogatorio de parte y en ese sentido no puede aplicarse de manera extensiva la sanción contenida en los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993, adicionalmente, el traslado se dio en compañía de un asesor del fondo privado y además la demandante realizó traslados horizontales entre fondos privados, lo cual demuestra el interés de la parte actora de permanecer afiliada al régimen de ahorro individual.

De otro lado argumentó que, la motivación de la demandante a trasladarse de régimen pensional, no radica en cómo se dio su proceso de vinculación o como por parte de los fondos se han venido administrando los recursos, sino que su inconformidad está direccionada en el monto de la mesada pensional que tendría en el régimen de ahorro individual, a pesar de que ésta manifiesta desconocer el monto que recibiría en este régimen privado.

Por otra parte, y respecto de la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en sus consideraciones, replicó el apelante que, solo hasta el año 2016 mediante la circular 016, emitida por la Superintendencia Financiera, se empezó a exigir a los fondos privados guardar un soporte adicional al formulario de afiliación. Expuso también que no es cierto que la AFP se encuentre en una mejor posición probatoria, pues para el momento en que la demandante realizó su traslado al régimen de ahorro individual, no se exigía más allá del formulario de afiliación.

Señaló que a los afiliados también les asiste un deber de informarse y en el presente caso no se avizora, pues la demandante recibió una reasesoria de manera oportuna, es decir, antes de cumplir la edad de 47 años, en donde se le analizó su situación pensional, y se le puso de presente que la mesada pensional en el RAIS, sería inferior a la del RPM, no obstante lo anterior, ello se escapa de la esfera de los fondos privados en cuanto a que los afiliados si cumplan con los consejos que se les han brindado por parte de las AFP, y por tanto no es de recibo que la demandante pretenda beneficiarse de su propia culpa y negligencia,

excusándose en la falta del deber de información, pese a que la misma no recuerda haber recibido información al momento de su traslado de régimen pensional.

El **segundo punto** objeto de cuestionamiento es en relación con la orden de trasladar las primas de reaseguro y gastos de administración de manera indexada, toda vez que estos rubros al devolverse de manera indexada, se estaría imponiendo una condena doble y un enriquecimiento sin justa causa sobre COLPENSIONES, atendiendo al principio de restituciones mutuas que se da tras la declaratoria de ineficacia y además, por cuanto también se ordenó a la AFP trasladar los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo cual generaría una condena doble, y aunque no se desconoce que la indexación busca reducir el detrimento económico que sufren estos descuentos con el paso del tiempo, el mismo también se puede resarcir con el traslado de los rendimientos.

El **tercer punto** es en torno a que la AFP devuelva los rubros de cuotas de administración y seguros previsionales, como quiera que estos ya no hacen parte del patrimonio de la entidad, y en particular los gastos de administración cumplieron su fin de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, toda vez que con ello se generó rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la actora. Y respecto de las primas previsionales, estos rubros se pagaron efectivamente a la aseguradora para cubrir las contingencias de invalidez y muerte, como lo dispone la norma, por tanto, estos descuentos no se hicieron de manera caprichosa por parte de la AFP-

El último y **cuarto** disenso concierne a la condena en costas procesales, toda vez que no hay lugar a que se declare la ineficacia, sumado a que Porvenir en todo momento actuó de buena fe, cumpliendo con las disposiciones normativas que existían para la fecha del traslado de régimen pensional.

Alegatos de Conclusión:

El apoderado judicial de la **AFP PORVENIR**, al presentar sus alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, reiteró el sustento de los aspectos objeto de inconformismo en el fallo de la primera instancia, que se circunscriben a los siguientes: **1)** Declaratoria de ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS. **2)** La condena consistente en devolver a Colpensiones las primas de reaseguros de Fogafín, las cuotas o gastos de administración y las primas de

seguros y reaseguros, debidamente indexadas. **3)** La indexación de los valores ordenada en la sentencia. **4)** Condena en costas.

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, 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, como administradoras del régimen privado en pensiones y en la que actualmente se encuentra afiliada, alcanzaron 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 demandante LUZ DARY DEL SOCORRO SÁNCHEZ LOTERO, se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el entonces Instituto de los Seguros Sociales, en el año 1987 (PDF 12 folio 31), posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., en el año 1994 (PDF 11 folio 41), y luego se trasladó a la AFP PROTECCIÓN en el año 2000 (PDF 14 folio 49), fondo privado donde se encuentra afiliada en la actualidad.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones de la A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, 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 (PROTECCIÓN y PORVENIR) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría a la 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 de la asegurada 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, en su recurso de apelación, resultan suficientes para que se revoque la ineficacia que declaró la A quo, resaltando que las AFP demandadas tenían la carga probatoria de haber brindado asesoría a la asegurada en su proceso de traslado.

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

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

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

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

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

En punto a los denominados actos de relacionamiento que se mencionaron en la sustentación de la alzada por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR en su interés de que se revoque la ineficacia, cabe resaltar 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 demandada no logró demostrar el deber de información y buen consejo que le asiste, se repite, para la fecha de su traslado inicial.

Igualmente llamó la atención el apoderado judicial de PORVENIR al argumentar en su recurso de apelación que la motivación de la actora es un inconformismo con su expectativa pensional que no alcanza a configurar falta de información que haga devenir en ineficaz el acto de afiliación. 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 su solicitud de traslado obedece únicamente a 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, para el momento del traslado, que es lo que se analiza para efectos de establecer la eficacia de dicho acto jurídico.

El otro aspecto de cuestionamiento que destaca el apoderado de PORVENIR, es que no es cierto que la AFP se encuentre en una mejor posición probatoria, pues era obligación de la demandante informarse. 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)

En consideración a lo expuesto, para este Colegiado, la ineficacia en la afiliación al RAIS de la demandante, se configura, a raíz de la afiliación ausente de información por parte de las AFP, quienes tampoco acreditaron en los términos que determina el artículo 167 del C.G.P, haberle brindado a la actora un acompañamiento suficiente en su proceso de afiliación.

El otro aspecto objeto de desacuerdo planteado por el apoderado judicial de PORVENIR, es que a la demandante se le garantizó de manera oportuna una reasesoría, es decir, antes de cumplir la edad de 47 años, en donde se le analizó su situación pensional, y se le puso de presente que la mesada pensional en el RAIS, sería inferior a la del RPM, no obstante aquella, quiso permanecer en el RAIS.

En relación con lo expuesto, la sala advierte que en efecto con el escrito de contestación a la demanda, la AFP PROTECCION, anexó el formato de reasesoría realizada a la actora, y en su texto se visualiza preguntas de selección múltiples, en las que el afiliado tiene la opción de marcar la afirmación o respuesta que considera correcta. Las preguntas tienen que ver con su edad, el resultado del cálculo pensional y la decisión del afiliado de realizar su traslado al rpm, conforme se verifica en la solicitud del 17 de diciembre de 2013 (PDF 14 folio 36- PDF 01 folio 22)

1052665

REASESORÍA PENSIONAL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS		Protección Pensiones y Cesantías	
Ciudad MEDELLÁN	Departamento ANTIOQUIA	Fecha de reasesoría Día 13 Mes 12 Año 2013	<input type="checkbox"/> Reasesoría vía teléfono - Correo electrónico - Fax <input checked="" type="checkbox"/> Visita presencial
DATOS DEL CLIENTE			
Nombre completo SÁNCHEZ		Segundo apellido LOTERO	Primer nombre JUAN
C.C. Número 42893698		Edad mujeres <input type="checkbox"/> Más de 46 años <input checked="" type="checkbox"/> 46 años <input type="checkbox"/> Menos de 46 años	Edad hombres <input type="checkbox"/> Más de 51 años <input checked="" type="checkbox"/> 51 años <input type="checkbox"/> Menos de 51 años
Sin historia laboral <input type="checkbox"/>		Salario a junio 30/92 <input type="checkbox"/> Mayor o igual a \$45.000 <input checked="" type="checkbox"/> Menor o igual a \$45.000	Tiene bono empuje <input type="checkbox"/> Sí <input checked="" type="checkbox"/> No
Años de servicio cotizados a abril 1 de 1992 <input type="checkbox"/> Mayor o igual a 15 años <input checked="" type="checkbox"/> Menor o igual a 15 años			
La decisión del afiliado es <input checked="" type="checkbox"/> Se traslada a Colpensiones <input type="checkbox"/> Se queda en Protección <input type="checkbox"/> Gestión efectiva sin firma del cliente			
Soy consciente que tengo hasta 13/12/2013 como FECHA LÍMITE para tomar mi última decisión de traslado hacia el régimen de prima media, y reconozco que la ley contempla que un afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. En caso que me le vaya a cumplir en el RAIS, antes la decisión de trasladarse a Colpensiones, recuerde la importancia de realizar los trámites antes del tiempo límite, si su decisión final es trasladarse.			
Observaciones de la Reasesoría La reasesoría Juan Diego Espinal			
ACTUALIZACIÓN DE DATOS Dirección Calle 38-54 Ap 1006		INFORMACIÓN PENSION VOLUNTARIA <input type="checkbox"/> Sí <input checked="" type="checkbox"/> No	
Teléfono 340982		Correo electrónico esquivel@proteccion.com	
Protección S.A. deja constancia que la asesoría está basada en la información con la que cuenta la administradora y la suministrada por el afiliado al momento de su realización, es decir, tiene en cuenta el saldo de la cuenta de ahorro individual, la información suministrada por la Oficina de Bonos Pensionales -OBP- y la condición civil y familiar del afiliado. Igualmente, deja constancia que la asesoría que se realiza toma en cuenta las condiciones vigentes del mercado financiero y las leyes vigentes al momento de su realización, las cuales pueden presentar variaciones en el tiempo.			
Declaro que la información recibida es clara. Si antes de la fecha límite usted no tiene ninguna acción de seguir su voluntad de permanecer en Protección.			
Firma Juan Diego Espinal			
Cédula 42893698 enu			
DATOS DEL GESTOR QUE REALIZA LA REASESORÍA			
Nombre Cristina Matute		Cédula 43521036	Oficina Gerencia
Regional Antioquia		Cargo Asesoría Pensional	

01/2013 OPIXPRES - Versión 401079
- PROTECCIÓN -
www.proteccion.com

En cuanto a la divergencia, la sentencia 68838 de mayo de 2019, la Corte Suprema de Justicia expuso que *“Brindar el servicio de reasesoría al afiliado no sanea el incumplimiento de la administradora de pensiones de su deber de información” (...)* De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias SL 31989 del 9 de septiembre de 2008, SL 31314 de septiembre 2008 y SL 33083 de 2011, así como en las proferidas a la fecha SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018 y SL1452- 2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado”.

En consideración a lo expuesto, el hecho de haber recibido la demandante información sobre su suerte pensional de forma tardía, no valida o mejor, no enerva las irregularidades del traslado inicial, pues no puede haber validación a esos actos contrarios a la ley por el mero acto final de darse la mentada información en la etapa de reasesoría, máxime que la demandante acreditó haber solicitado el traslado de régimen pensional antes de cumplir los 10 años para pensionarse, teniendo en cuenta que nació el 28 de diciembre de 1966, y que la petición ante Colpensiones consta radicada el **13 de diciembre de 2013**.

[illegible]

Así las cosas, esta sala recalca 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 de la señora **LUZ DARY DEL SOCORRO SÁNCHEZ LOTERO**, 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 traslado 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 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 a la demandante, aspecto que es cuestionado por el apoderado de la AFP PORVENIR, en su recurso de apelación.

El apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. sostiene que los gastos de administración, tienen por mandato una destinación específica y que dichos descuentos han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado.

Esta Sala no acogerá esos argumentos y mantendrá la orden de traslado en los términos ordenados por la A quo, por cuanto su orden se justifica en aplicación de la jurisprudencia de la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, que ha estimado que los efectos de la ineficacia deben tener un efecto integral sobre el valor de las cotizaciones y aportes.

En efecto, las órdenes dadas por el juez de primer grado se justifican desde el punto de vista que, a la entidad pública codemandada COLPENSIONES, debe garantizársele la integridad de la cotización sin descuento alguno, ya que será

quien reciba la afiliación de la asegurada y para todos los efectos legales la tenga afiliada al fondo público sin solución de continuidad.

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

Los efectos de la ineficacia se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que la actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa de PORVENIR o PROTECCION, 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 o PROTECCION, 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...”*.

Ahora, no debe 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 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, con sus propios patrimonios.

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

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 bien, el otro punto de cuestionamiento del apoderado judicial de la AFP PORVENIR, gira respecto a la orden de indexación, pues a su juicio con el traslado de los rendimientos, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar.

En torno a este cuestionamiento, la sala precisa que COLPENSIONES no tiene por qué recibir 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 la A quo **resulta suficiente**, como quiera que en el numeral 2º, de la parte resolutive de la sentencia, se ordenó el traslado de los conceptos antes señalados.

En último lugar, debe desestimarse el cuestionamiento del apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., cuando solicita que se revoque la condena en costas procesales que le fue impuesta por la A quo, al considerar que la entidad no ha 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 ha causado costas procesales a cargo de la **AFP PORVENIR**, teniendo en cuenta la desventura de su recurso de alzada. Las mismas serán en favor de la señora **LUZ DARY DEL SOCORRO SÁNCHEZ LOTERO**, y ascenderán las agencias en derecho a la suma de un (1) 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: Un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, en favor de la señora **LUZ DARY DEL SOCORRO SÁNCHEZ LOTERO**, 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