

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	LUZ ESTRELLA ATEHORTÚA
DEMANDADOS	COLPENSIONES-PORVENIR- COLFONDOS
RADICADO	05001-31-05-004-2019-00416-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Revoca parcialmente-confirma

*Medellín, veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023)*

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **LUZ ESTRELLA ATEHORTÚA** 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 024**, 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 S.A. y de COLPENSIONES, contra la sentencia que profirió el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 28 de febrero 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 LUZ ESTRELLA ATEHORTÚA, nació el 01 de abril de 1961, y que estuvo afiliada en el sector público desde el 19 de junio de 1984, escogiendo ser afiliada al régimen de prima media con prestación definida al Instituto de los Seguros Sociales en el año 1996, y que posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., en el año 1999, y luego se trasladó a la AFP COLFONDOS en el año 2006, 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 demandada, 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 1 folio 142 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, y; propuso las excepciones perentorias que denominó: “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LAS OBLIGACIONES, PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO*”

PORVENIR S.A., hizo lo propio y también describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 01 folio 102 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *“PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*

COLFONDOS S.A., la entidad no contestó la demanda, pese a estar debidamente notificada (PDF 01 folio 74)

## **V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

En audiencia pública celebrada el 28 de febrero de 2023, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la señora LUZ ESTRELLA ATEHORTÚA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia, declaró que la actora ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES.

Le impuso a la **AFP COLFONDOS S.A.**, la obligación de trasladar a COLPENSIONES, los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, aportes, cotizaciones y rendimientos financieros. 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, con cargo al propio patrimonio de la entidad.

Igualmente se ordenó a la **AFP PORVENIR 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.

A la par, se ordenó a todas las AFP demandadas, esto es, **PORVENIR y COLFONDOS**, 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.

Ordenó a **COLPENSIONES**, a dar continuidad a la afiliación de la demandante en el RPM, conservando todos los beneficios y garantías de la

afiliación, recibir los valores de la cuenta de ahorro individual y los ya detallados a satisfacción y equivalencia, y actualizar el histórico laboral de la demandante sin solución de continuidad.

Asimismo, impuso a COLPENSIONES **medida cautelar**, para que, por ningún motivo, se abstenga de negar el reconocimiento pensional, aduciendo que no le ha llegado a satisfacción y equivalencia los valores provenientes del RAIS, o su documentación. **(numeral cuarto)**

Condenó en costas procesales a la AFP PORVENIR S.A. y se abstuvo de imponer condena a cargo de la AFP COLFONDOS y a 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 que interesa al recurso de apelación planteado por el apoderado judicial de COLPENSIONES, se resalta el pronunciamiento del juez de instancia, quien manifestó que, en este asunto, se hace necesaria la medida cautelar innominada, por cuanto la demandante tiene 61 años, ha cotizado, y realizado aportes al sistema de seguridad social, y, por tanto, se le debe proteger la seguridad social y la dignidad humana, sin que existan barreras administrativas para acceder a su pensión.

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

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

**Apelación de PORVENIR:** manifestó el apoderado judicial que, no es procedente la orden de trasladar las cuotas de administración, los gastos o pagos de seguro y reaseguro, y los pagos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, estos conceptos, debidamente indexados.

Expuso el recurrente que la ley 100 de 1993, establece de manera nítida cuales son los conceptos a retornar en estos eventos, y que, bajo esas circunstancias, no hay lugar a ordenar a la AFP, trasladar los conceptos dispuestos, máxime que todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, fueron trasladados al fondo de pensiones al cual se trasladó la demandante en el año 2006, esto es, la AFP COLFONDOS.

Agregó a su vez que, los gastos de administración, no financian la mesada pensional de la afiliada, son de tracto sucesivo, y que, atendiendo a su naturaleza, le es aplicable la figura jurídica de la prescripción.

Sostuvo también que, con la orden emitida, se está generando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, al endilgársele un reconocimiento o una devolución de los gastos de administración, a pesar de la labor que realizó la AFP, durante la vigencia de la afiliación de la actora.

Aseguró además que, para el año 2006, la AFP remitió todos los rendimientos financieros correspondientes a la cuenta de ahorro individual de la demandante, concluyendo que, con el traslado exclusivo de los rendimientos financieros sin la indexación, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse presentado, respecto de los emolumentos que se ordenan retornar.

Finalmente el apelante se opuso a la orden de trasladar a COLPENSIONES, los gastos o pagos de seguro y reaseguro, aduciendo que la AFP, le garantizó a la demandante, la cobertura en el riesgo de invalidez y sobrevivencia, y que, por lo tanto, la entidad ya no cuenta con estos recursos, y tampoco se enriqueció con estos valores, toda vez que fueron trasladados a las aseguradoras pertinentes, y que, si bien las contingencias no se presentaron, si se tomaron unas pólizas para prestar la cobertura a la actora.

**Apelación COLPENSIONES:** Señaló el apoderado judicial que, su recurso es parcial frente a la sentencia, específicamente en relación con la **medida cautelar** impuesta por el A quo, en la que se le ordena a la administradora de pensiones que, aun sin haber recibido los aportes y componentes de la demandante, reconozca y pague inmediatamente a la demandante, prestación económica de vejez, o lo que la demandante solicite.

Precisó el apelante que, Colpensiones debe esperar el retorno de todos los dineros, rendimientos financieros y demás emolumentos a satisfacción y

equivalencia, pues de lo contrario se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera.

Acotó igualmente que, los valores que se ordenaron retornar a las AFP demandadas, en su integridad, son indispensables para validar la historia laboral de la demandante, y a partir de dicha información, se validaría el IBC, el IBL y el monto porcentual que se debe aplicar a cualquier prestación económica, que la demandante pretenda reclamar.

### **Alegatos de Conclusión:**

El apoderado judicial de la **AFP PORVENIR**, en la oportunidad de ley, solicitó que se revoque la sentencia de primer grado, argumentando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado.

También aseveró que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es, que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, y que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Aseguró que la parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa.

Sostuvo que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y la AFP, como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Expuso que los gastos de administración, ni las primas de seguros, corresponden a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, concluyendo que ello es razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS.

Adicionalmente, dijo que resulta incongruente ordenar la indexación de los valores ordenados, como quiera que, los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, no estuvieron afectados por la devaluación o inflación de la economía y por contrario, la AFP PORVENIR S.A., con su administración, le garantizó rendimiento a los mínimos establecidos en la ley para el RAIS y muy superiores a los que le hubiera generado el RPMPD, insistiendo que con el traslado de los rendimientos financieros de los aportes recibidos, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generando en los emolumentos a retornar.

Para sustentar su desacuerdo dijo el recurrente que el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia de fecha 21 de junio de 2022 dentro Proceso Ordinario Laboral promovido por FELISA LEÓN POVEDA con Radicación No. 25899-31-05-002-2021-00111-01 y sentencia de fecha 25 de julio de 2022 proferida por el Tribunal Superior de Cali - Sala Laboral Proceso Ordinario Laboral promovido por EDILSON RICARDO REGALADO GONZALEZ con radicación No. 76001-31-05-012-2022-0023401, consideró que, el traslado de los rendimientos financieros del afiliado a COLPENSIONES compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse presentado respecto de los emolumentos que se ordenan retornar.

En igual sentido, apeló el recurrente a la decisión adoptada por el Tribunal Superior De Cali Sala Laboral, en el proceso que adelantó el señor JHONJAIRO GAVIRIA, en contra de COLPENSIONES Y OTROS RAD. 76001-31-05-2022-00562-01, que en providencia del 20 de enero del año en curso, indicó: *“Respecto de la indexación la Sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que, 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, por tal razón se REVOCA dicha condena a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. y en su lugar, se les CONDENA a dichos entes a que devuelvan todas las sumas junto con sus rendimientos.”*

Con base en lo anterior concluyó el recurrente aduciendo que, ordenar a Porvenir S.A. que indexe cualquier suma de dinero, es sin duda imponer una doble sanción, por cuanto sin hesitación alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó la AFP, a partir del acto jurídico informado que celebró la demandante con plenos efectos jurídicos, con creces, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

De otro lado, a la doctora KELLY YISETH HOLGUIN SERNA, portadora de la tarjeta profesional 238.479 del C. S de la J, se le reconoce personería para representar a COLPENSIONES, en los términos del poder sustituido.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES**, puntualizó que la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime a la demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, imponiendo de esta manera, la carga probatoria exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza de la demandante.

Dijo que la actora, en el interrogatorio de parte, realizó afirmaciones sin base de sustento y que equivalen a las mismas del escrito de demanda, y que se traducen en meras conjeturas al momento de realizar la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; como la relativa a que el ISS se iba acabar, existiendo un temor infundado que no permite soportar el vicio real en el consentimiento, o incluso de manifestar no recordar con exactitud lo expuesto por el asesor del fondo codemandado al momento inicial de realizar el acto de traslado.

Argumentó también que, la motivación actual de la actora, para retornar o trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, se basa en una expectativa económica de mesada pensional, alegando que de estar en el fondo administrado por COLPENSIONES, recibiría una mayor mesada pensional, lo que de entrada soporta su vicio en un error de derecho el cual no vicia el consentimiento.

Que adicionalmente, hasta el año 2016, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016, no exigían nada diferente



al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad, imponiéndosele de esta manera cargas a las AFP, distintas a las previstas en las leyes de la época.

Por otra parte, imploró que, en el evento de confirmarse la ineficacia de traslado, se ordene la devolución de todos los rubros como: cotizaciones, aportes, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de administración, pagos de seguros y reaseguros fogarín, fondo de garantía de pensión mínima y eventual bono pensional, todo esto, ya que una vez la entidad reciba dichos recursos, estaría compelida a cumplir a futuro, con la prestación económica que la demandante solicite.

Y finalmente, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, en torno a que se declare improcedente la medida cautelar impuesta a la entidad.

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. y el apoderado de COLPENSIONES, en sus recursos 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 LUZ ESTRELLA ATEHORTÚA, inicialmente estuvo vinculada al sector público en el año 1984 (PDF 1 folio 47), luego se afilió al ISS administrado hoy por COLPENSIONES, en el año 1996, (PDF 01 folio 56), posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR en el año 1999 (PDF 1 folio 51), y más tarde, se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A., en el año 2006 (PDF 1 folio 51), entidad en donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del 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-PORVENIR) 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 bien, el apoderado judicial de COLPENSIONES, argumenta en su escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia que las AFP demandadas, cumplieron con los requisitos de forma y fondo que se exigía 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.

En efecto, para la Sala, las AFP demandadas, no dieron cumplimiento a la ley por el simple hecho de haber suscrito un formulario de afiliación, pues en el plenario no obra ninguna prueba que indique que, a la actora, se le brindó

asesoría de la que se ha hecho referencia. No se trata de desconocer el valor probatorio que el referido documento pueda tener, el cual es incontrastable 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**, la sala encuentra que no le asiste razón al apoderado judicial Colpensiones.

De otro lado, y respecto al argumento del apoderado de Colpensiones, de que en el trámite del proceso quedó probado que a la actora la motiva un inconformismo con su expectativa pensional, esta Sala no accede a esos argumentos, teniendo en cuenta que la dinámica probatoria en estos casos se rige por la inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole al fondo privado probar que efectivamente sí brindó asesoría, ante la afirmación indefinida que hace la activa en sentido contrario. Por lo demás, lo dicho por la actora en su interrogatorio y de lo cual la parte recurrente deduce que la solicitud de la actora se hace sólo por las diferencias económicas que puedan existir en la mesada pensional en uno u otro régimen, tampoco resultan determinantes para entender que haya existido un verdadero proceso de asesoría y acompañamiento bajo los contornos del buen consejo, al momento de la afiliación o traslado de régimen, que es lo que se analiza para efectos de establecer la eficacia de ese acto jurídico.

El otro punto de cuestionamiento que destaca el apoderado de COLPENSIONES, es en relación a la carga de la prueba impuesta a las AFP, la cual a su juicio resulta desproporcional.

Al respecto la Sala resalta 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.

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 ESTRELLA ATEHORTÚA**, 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 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, a su vez, es objeto de cuestionamiento por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, en su recurso de alzada.

Ahora, el apoderado judicial de 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 de la afiliada.

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.

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.

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.

Desde luego, 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 COLFONDOS, 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 ni por COLFONDOS, 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 a estimar que la orden de trasladar las cuotas de administración, las primas de seguros previsionales, y los aportes de garantías de pensión mínima; sería prescriptible por no hacer parte de las sumas que están destinadas a financiar la pensión de vejez de la asegurada, esta Sala no accederá a declarar la afectación por prescripción de dichas obligaciones, como quiera que es solo en esta sentencia que se está dando la orden y con respecto a las mismas no ha transcurrido el término trienal extintivo de ley.

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.

Tampoco le asiste razón al apoderado judicial de PORVENIR S.A. en el sentido que la orden de devolución y traslado de los descuentos estén 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.

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, y en relación con el desacuerdo del apoderado judicial de PORVENIR, en cuanto a la orden de indexación. Para esta Sala, la determinación impuesta por la juez de primer grado es procedente, como quiera que esta medida de actualización monetaria ha sido reiterada recientemente por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021, constituyendo éste un precedente vertical, que acoge esta colegiatura.



Es de tal relevancia el principio de sostenibilidad financiera y la importancia de que el mismo no se vea limitado por omitir ordenar retornar todos los descuentos que le hicieron a la cotización, que esta sala advierte que la orden dada por el A quo **resulta suficiente**, como quiera que en los numerales 2º y 3º de la parte resolutive de la sentencia, se ordenó el traslado de los conceptos antes señalados.

En último lugar, y en punto del recurso de apelación, planteado por el apoderado judicial de COLPENSIONES, debe decirse que, le asiste razón, en cuanto a lo improcedente de la orden emitida por el A quo, relativa a que, previa solicitud de la demandante, reconozca la pensión que resulte procedente, sin necesidad de verificar el traslado de la información y los rubros que se le ordenó realizar a los fondos privado con destino al RPMPD, pues lo pertinente es que, cuando las AFP COLFONDOS y PORVENIR, con las cuales se generó la ineficacia estudiada, hubieren remitido todos los valores ya detallados con los cuales se procedería a financiar esta prestación, la primera ya cuente con los insumos, entiéndase, información de cotizaciones y recursos, y con base en ello, proceda a materializar el reconocimiento de la prestación a que hubiere lugar.

Lo anterior, porque pese a que la afiliada no debe asumir las consecuencias de las gestiones administrativas para el otorgamiento de los derechos pensionales, no es dable imponer a la administradora de prima media, cargas que no se derivan de conductas desplegadas por la entidad, quien como tercero de la Litis, recibirá los valores que traslade las AFP, para que una vez materializada esta acción y realizada la reclamación de la demandante, proceda con el correspondiente reconocimiento prestacional.

A este respecto, resáltese que, en reciente Jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha dado a entender que, en esta clase de procesos, específicamente cuando se ventila el reconocimiento pensional, dicho acto debe ser consecuente o seguido del previo traslado de recursos e información por parte del fondo de pensiones administrador del RAIS. Así quedó puntualizado en Sentencia SL2037-2022 en la que se dispuso:

*“(…) Por lo dicho, se revocará el fallo del a quo y, en su lugar, se declarará ineficaz el traslado a Protección S.A. Se ordenará trasladar a Colpensiones, los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración cobrados al actor, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria*

*de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes del afiliado, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.*

*Así mismo, se ordenará a Colpensiones que, **una vez reciba los dineros**, actualice la historia laboral de Melba Azucena Rincón Morales y active su afiliación en el régimen de prima media, sin solución de continuidad. Así mismo, que le conceda la pensión de vejez a partir del 1 de diciembre de 2016, en los términos expuestos. Se declaran no probadas las excepciones. (...)*". (Subraya y Negrilla de la Sala)

Por lo anterior, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE** el **numeral cuarto** de la parte resolutive de la sentencia, que impuso **medida cautelar innominada** a COLPENSIONES, en tanto impone como una obligación en cabeza de la entidad de pensiones encargada de recibir a la afiliada, el reconocimiento pensional, sin contar con la consolidación de los elementos económicos y documentales para tal fin, sin que ello sea procedente, conforme viene de explicarse.

### **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, y en favor de la demandante **LUZ ESTRELLA ATEHORTÚA**, dentro de las cuales se fija, como agencias en derecho, la suma de 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: REVOCAR** parcialmente el **numeral cuarto** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, que impuso **medida cautelar innominada** a COLPENSIONES, a través de la cual se ordenó que: "*por ningún motivo se abstenga de negar el reconocimiento pensional, aduciendo que no le ha llegado a satisfacción y equivalencia, los valores provenientes del RAIS, o su documentación*", de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás, la sentencia apelada y consultada.

**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 **LUZ ESTRELLA ATEHORTÚA**, 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**