

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	JAIME ALBERTO ESPINAL MONSALVE
DEMANDADOS	COLPENSIONES PORVENIR- PROTECCION
RADICADO	05001-31-05-001-2021-00217-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional- Pensión de vejez
DECISIÓN	Confirma

Medellín, veintiocho (28) 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 el señor **JAIME ALBERTO ESPINAL MONSALVE** 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 025**, 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 Primero Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 02 de junio 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 el demandante, nació el 02 de agosto de 1959, y se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales administrado hoy por Colpensiones desde el año 1979, y posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR, en el año 1994, y luego se trasladó al fondo de pensiones ING hoy PROTECCION en el año 2007, y más tarde retornó, a la AFP PORVENIR en el año 2012, 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 atendido 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.

Se adujo que el demandante radicó solicitud de traslado ante COLPENSIONES, quien dio respuesta a la solicitud elevada por el actor, manifestando que no era procedente realizar el traslado de régimen pensional, debido a que se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

Finalmente se sostuvo que, el actor a la fecha de presentación de la demanda, no se encuentra haciendo cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones, y tiene 1.829 semanas de cotización y cumple los 62 años el 2 de agosto de 2021.

## **III. – PRETENSIONES**

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por la administradora del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a las AFP demandadas, trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por el actor, debiendo ordenar a ésta última entidad, recibir dichas sumas, aceptar al 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.

Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a COLPENSIONES, a reconocer al demandante la **pensión de vejez** y el retroactivo pensional.

#### 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 08 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“NULIDAD POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, IMPROCEDENCIA DE DECLARAR INEFICAZ LA AFILIACIÓN AL SISTEMA DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD ADMINISTRADO POR LA AFP PORVENIR S.A, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, BUENA FE, COMPENSACIÓN, DEVOLUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LOS RECURSOS COTIZADOS, PRESCRIPCIÓN ”*

AFP PORVENIR S.A. también descorró el traslado de la acción, según se observa en el PDF 14 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de fondo que denominó *“PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE”*

AFP PROTECCION S.A. hizo lo propio y descorró el traslado de la demanda (PDF 09), negando la totalidad de los hechos y planteando a título de excepciones de perito las siguientes: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, TRASLADO DE APORTES A PORVENIR, VALIDEZ Y EFICACIA DEL TRASLADO ENTRE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES DEL RAIS”*

#### V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 02 de junio de 2023, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación del señor **JAIME ALBERTO ESPINAL MONSALVE**, al régimen de ahorro individual efectuado a la AFP PORVENIR S.A, por falta al deber de

información, quedando igualmente ineficaz el posterior traslado entre administradoras a la SANTANDER e ING hoy AFP PROTECCIÓN S.A. y su retorno a PORVENIR.

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

Le impuso a la **AFP PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual del demandante (aportes y rendimientos) incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, las cuotas de administración, y los seguros previsionales, estos porcentajes debidamente **indexados** desde la fecha en que se descontaron, incluyendo los porcentajes descontados durante la primera afiliación que tuvo el demandante con la AFP Horizonte, sumas que deben estar **discriminadas**.

Por su parte, a la **AFP PROTECCION** le ordenó trasladar a COLPENSIONES, los porcentajes descontados por las AFP SANTANDER e ING, para garantía de pensión mínima, las cuotas de administración, y los seguros previsionales, debidamente **indexados** desde la fecha en que se descontaron, sumas que deben estar **discriminadas**.

Declaró que el demandante JAIME ALBERTO ESPINAL MONSALVE, tiene derecho al **reconocimiento y pago de la pensión de vejez**, prestación que será reconocida por COLPENSIONES una vez cumplido con lo dispuesto en los dos numerales anteriores.

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

La A quo para declarar la ineficacia, desarrolló toda la tesis jurisprudencial que en la actualidad sostiene la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, sobre la inversión de la carga de la prueba, la insuficiencia del formulario para acreditar asesoría, la relevancia de la oportunidad en que se reciba la asesoría, la imposibilidad de que la ineficacia se sanee por prescripción o por traslados en el mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, por el derecho a la libre selección de régimen pensional.

Respecto a la pretensión relativa al reconocimiento y pago de la **pensión de vejez**, la juez de instancia señaló que solo puede declararse el derecho, pero no la condena por cuanto: **i)** A la fecha de presentación de la demanda, el demandante no contaba con la edad mínima para acceder a la pensión en el RPM. **ii)** No obra evidencia que el demandante hubiese agotado la reclamación administrativa, de tal prestación económica ante Colpensiones, lo cual es un requisito de procedibilidad, pues solamente se demostró que el actor solicitó a Colpensiones el traslado de régimen pensional. **iii)** Que, de acuerdo al interrogatorio de parte absuelto por el demandante, éste confesó que a la fecha aún continúa realizando aportes al sistema general de pensiones. **iv)** Que, aunque el demandante a la fecha de presentación de la demanda, no contaba con la edad pensional, para la época en que se profiere el fallo de primera instancia, cuenta con más 62 años y más de 1.300 semanas de cotización de acuerdo a la historia laboral anexa por Porvenir, de lo que concluyó que, al actor le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, bajo la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, sin embargo, la cuantía de la prestación, el IBL, y la fecha del disfrute, deberá resolverlo COLPENSIONES una vez se le solicite el reconocimiento y pago de la prestación y la desafiliación.

## **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 PORVENIR:** El apoderado judicial de la AFP, cuestionó de manera integral la sentencia de primera instancia, pues a su juicio, el traslado de régimen pensional que hizo el demandante, fue plenamente valido y la AFP cumplió con el deber de información, vigente para el momento en que se produjo el traslado de régimen pensional, la cual no exigía dejar constancia escritural de lo informado al afiliado, pues tal obligación surgió a partir de la circular 016 de 2016, emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, y, además, la AFP contaba con asesores, plenamente capacitados.

Manifestó a su vez que, no es cierto que la AFP, se encuentre en una mejor posición probatoria, y que las obligaciones del buen consejo y la doble asesoría, son obligaciones posteriores, surgidas en los años 2010 y 2014, que han sido objeto de diferentes pronunciamientos por parte de la CSJ, por lo cual, las mismas no existían para la época de la afiliación del demandante, y, por tanto, no se pueden aplicar de manera retroactiva.

Agregó además que, se desconoce las razones por las cuales el demandante pretende radicar esta demanda en contra de los fondos de pensiones privados y de Colpensiones, pues en el interrogatorio de parte que absolvió el actor, éste manifestó que no tiene conocimiento sobre la mesada pensional que recibiría en uno u otro régimen pensional, y que si su inconformidad es en cuanto al monto pensional, ello no era posible definirlo en el momento en que se perfeccionó la afiliación, pues depende de muchas variables, por lo que no puede hablarse de un engaño o una mala fe de la AFP.

Respecto de la orden de trasladar los gastos de administración y los seguros previsionales, señaló que son un dinero que ya no se encuentra en el patrimonio de la AFP, y cumplieron su fin y propósito, para la generación de frutos e intereses y se ven reflejados de manera positiva en la cuenta de ahorro individual del demandante, con los que incluso, se superan los rendimientos que recibiría el demandante en el RPM. De igual forma, el cubrimiento de invalidez y muerte, ha sido garantizado al demandante hasta la actualidad, y no puede retrotraerse la cobertura, ni el servicio.

En cuanto a la orden de indexación sostuvo 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 pudiese haber generado a los emolumentos a retornar, por lo cual, solicitó revocar esta condena, y en su lugar, se ordene que todas las sumas se devuelvan junto con los rendimientos.

En último lugar pidió que se revoque la condena en costas procesales, por cuanto la entidad ha obrado de buena fe, o en su defecto se modifique el monto de la condena, toda vez que los procesos de ineficacia del traslado tienen una consolidada línea jurisprudencial, por lo cual, se considera excesivo el monto de las agencias en derecho impuesta a la AFP, por la juez de primera instancia.

**Apelación COLPENSIONES:** El apoderado judicial de la entidad solicitó que se revoque parcialmente la sentencia y que se adicione los numerales 3 y 4, en el sentido de ordenarles a ambos fondos de pensiones trasladar el 100% de los aportes, pero incluyendo las primas de vejez y sobrevivencia, las primas de reaseguro fogafín, los frutos e intereses los aportes al fondo de solidaridad pensional e inclusive, lo concerniente al bono pensional, en caso de que ya se haya redimido, todos estos conceptos causados desde el momento en que el demandante estuvo vinculado a la AFP, debidamente indexados, para que con ello no se le cause ningún perjuicio o detrimento económico a Colpensiones y en particular con el eventual reconocimiento prestacional a favor del demandante; y

que finalmente, se ordene el traslado de los conceptos debidamente discriminados.

### **Alegatos de Conclusión:**

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** solicitó que en el evento de declararse la ineficacia del traslado, se ordene tanto a PORVENIR como a PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES, el 100% de los aportes obligatorios efectuados por el afiliado, esto es, se ordene el traslado de las sumas correspondientes al saldo de la cuenta de ahorro individual, los gastos o cuotas de administración, los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los seguros previsionales, tal y como lo concluyó la Juez de instancia, pero incluyendo además, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguro de Fogafín, frutos e intereses, los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional causados durante el tiempo en que el señor JAIME ALBERTO ESPINAL MONSALVE estuvo afiliado a las Administradoras del RAIS debidamente indexadas para que con ello, se evite causar cualquier tipo de perjuicio o detrimento económico a la entidad, frente a un eventual reconocimiento prestacional a favor del demandante.

Finalmente pidió que de no acoger las súplicas, no se condene en costas a la entidad, toda vez que de encontrarse posible desmedro en las expectativas pensionales de la parte actora, no ha sido Colpensiones la causante de tales, por ello y pese a que eventualmente se está de acuerdo en la ineficacia declarada, ésta debe estar acompañada de la orden de devolución de los conceptos mencionados en el recurso de apelación y reiterados en el escrito de alegatos de conclusión, pues las solicitudes que se realizan no obedecen a una petición o comportamiento caprichoso de Colpensiones, sino que se hacen con la firme intención de evitar un desfinanciamiento paulatino del Régimen de Prima Media.

De otro lado, a la doctora MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ OLEA, portadora de la T.P. en condición de abogada inscrita en el certificado de existencia y representación legal de GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., quien obra como apoderada y representante legal de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se le reconoce personería para representar a la entidad demandada.

En la oportunidad de ley, la apoderada de la **AFP PORVENIR**, instó a que se revoque íntegramente la sentencia de primer grado, reiterando los puntos objeto de apelación, a saber: 1) Declaratoria de ineficacia de la afiliación de la

parte actora al RAIS. 2) La condena consistente en devolver a Colpensiones el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual del demandante, aportes y rendimientos, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales. 3) La indexación ordenada. 4) La 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. – 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 S.A. y 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 del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad y la aceptación del 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 el 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 el señor JAIME ALBERTO ESPINAL MONSALVE, se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales administrado hoy por Colpensiones desde el año 1979 (PDF 116), y posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR, en el año 1994 (PDF 14 folio 35), y luego se trasladó al fondo de pensiones ING hoy PROTECCION en el año 2007 (PDF 9 folio 35), y más tarde retornó, a la AFP PORVENIR en el año 2012 (PDF 14 folio 24), entidad en donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones de la A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación pensional del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que las AFP convocadas a juicio (PORVENIR- PROTECCION) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría al actor con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que lo 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”*.

Para la Colegiatura, ninguno de los argumentos presentados el apoderado judicial de PORVENIR, en su recurso de apelación, resultan suficientes para que se revoque la ineficacia que declaró la A quo.

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.

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

En lo concerniente al señalamiento del apoderado judicial de PORVENIR respecto a que, en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, éste

manifestó que no tiene claridad sobre la mesada pensional que recibiría en uno u otro régimen pensional, de lo que concluye el apoderado apelante que, se desconoce el verdadero motivo de la demanda planteada por el actor. Para la sala finalmente las AFP demandadas, no lograron demostrar el deber de información y buen consejo, teniendo en cuenta que la dinámica probatoria en estos casos se rige por la inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole al fondo privado probar que efectivamente sí brindó asesoría, ante la afirmación indefinida que hace el demandante en sentido contrario, quien insistió en el interrogatorio de parte absuelto que, para el momento del traslado, las AFP no le brindaron información clara y suficientes sobre ambos regímenes pensionales.

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

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado del señor **JAIME ALBERTO ESPINAL MONSALVE**, 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 afiliación 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 tanto por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, como por el apoderado de COLPENSIONES, en sus recursos de apelación.

Instó a esta Sala el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. a que se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración, y los seguros previsionales, al considerar que ha administrado correctamente los recursos de la cuenta de ahorro individual del asegurado, disponiendo del mayor cuidado y diligencia para lograr la significativa generación de rendimientos financieros, por

lo que colige que la AFP, tiene derecho a conservar la comisión de administración. Resaltó que la AFP pagó en su momento las primas previsionales a las respectivas aseguradoras, generando cobertura en favor del demandante frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia, por lo que dicha entidad estaría imposibilitada para recobrar dichas sumas.

Esta Colegiatura 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 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.

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 su propio patrimonio.

Los efectos de la ineficacia se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que el actor 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 ni por PROTECCIÓN 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...”*

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

*“La citada AFP deberá devolver a Colpensiones el **porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021). (subraya y negrilla a propósito)*

En consideración a lo expuesto y teniendo en cuenta que todos los conceptos a que se refiere el órgano de cierre, fueron ordenados en la sentencia, para esta sala, no es posible acoger la solicitud invocada por el apoderado judicial de PORVENIR.

El otro punto de cuestionamiento del apoderado judicial de la AFP PORVENIR, gira en torno a la orden de indexación, respecto de los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues a su juicio, con el traslado de los rendimientos, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado los emolumentos a retornar.

En torno al desacuerdo, 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, constituyendo éste un precedente vertical, que acoge esta colegiatura.

Por otra parte, el apoderado judicial de COLPENSIONES en su recurso de alzada, pidió que se **adicione la sentencia** censurada, para que se ordene a las AFP demandadas, devolver a Colpensiones, los seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguro fogafín, los frutos e intereses, y los aportes al fondo de solidaridad pensional, y el bono pensional, en caso de que ya se haya redimido; todos estos conceptos, debidamente indexados; para que con ello se evite causar cualquier tipo de detrimento a Colpensiones. Solicitó asimismo que los conceptos se trasladen a Colpensiones, por parte de las AFP, debidamente detallados.

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

*“TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. trasladar en un término máximo de 30 días, el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual del demandante (aportes y rendimientos) a COLPENSIONES, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, estos porcentajes deberán ser **indexados** desde la fecha en que se descontaron, incluyendo los porcentajes descontados durante la primera afiliación que tuvo el demandante con la AFP Horizonte, sumas que deberán ser **discriminadas** en los términos expuestos en la parte motiva.*

*CUARTO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., a trasladar en un término máximo de 30 días a COLPENSIONES los porcentajes descontados por las AFP’s SANTANDER e ING, para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, **indexados** desde la fecha en que se descontaron, sumas que deberán ser **discriminadas** en los términos expuestos en la parte motiva”*

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

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

de Solidaridad Pensional, que es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo.<sup>1</sup>, amén que tampoco se constituye para la garantía de las pensiones de los asegurados.

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

Y finalmente, no es procedente adicionar la sentencia, ordenando el traslado de bono pensional, pues la sala precisa que en el plenario no se tiene prueba de que ninguna de las AFP demandadas, hubiesen redimido algún bono pensional en la cuenta de ahorro individual del actor, por lo que una orden en tal aspecto, resultaría inane.

En consideración a lo expuesto y teniendo en cuenta que todos los conceptos a que se refiere el órgano de cierre fueron ordenados en la sentencia, para esta sala, no es posible acoger la solicitud invocada por el apoderado judicial de COLPENSIONES, advirtiéndole, además esta sala, que, en la sentencia de primer grado, si se ordenó igualmente a las AFP demandadas, que al momento de cumplirse la orden de traslado, los conceptos deberán aparecer pormenorizados indicando los ciclos cotizados, los salarios base de cotización, las fechas en que se efectuaron y toda la información necesaria, para que Colpensiones pueda consolidar la historia laboral del demandante, lo cual consta expresamente descrito en el acta del fallo y se manifestó en la parte considerativa de la sentencia (PDF 30 video 2 minuto 25:10)

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 los **numerales 3º y 4º**, de la parte resolutive de la sentencia, se ordenó el traslado de los conceptos antes señalados.

## **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

---

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



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 **JAIME ALBERTO ESPINAL MONSALVE**, nació el **02 de agosto de 1959** (PDF 01 folio 17), por lo que, para la época en que se profirió la sentencia de primera instancia (02 de junio de 2023) contaba con **62 años de edad**, y tiene en su haber **1.870 semanas cotizadas** (PDF 14 folio 31); 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, la cual fue reconocida por la juez de primera instancia.

**“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”.*

Pue bien, esta demanda fue presentada el 28 de mayo de 2021 (PDF 1 folio 4) y de acuerdo al recaudo probatorio, el demandante cumplió los 62 años de edad, el **02 de agosto de 2021**, es decir, que el actor **causó el derecho de la pensión**, al haber logrado completar la edad pensional y la densidad mínima de cotizaciones, con posterioridad a la presentación de la demanda.

No obstante lo anterior, la sala resalta que el demandante al absolver el interrogatorio de parte, confesó que labora actualmente con TeleMedellin, (PDF 30 video 1 minuto 19:28), y en el minuto 29:15, se le preguntó concretamente si continuaba realizando aportes al sistema general de pensiones y contestó **“si claro”**, por lo que, el disfrute de su pensión de vejez, queda necesariamente condicionado a la desafiliación o retiro, como bien lo concluyó la juez de primera instancia, 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.

Como bien lo determinó la A quo, con la demanda no se aportó prueba que acreditara que el actor hubiese agotado la reclamación administrativa ante Colpensiones, pretendiendo el reconocimiento de la prestación económica.

En las circunstancias descritas, se confirmará la orden que condicionó el **disfrute** de la pensión del actor, una vez éste acredite la reclamación administrativa y la desafiliación o retiro del sistema general de pensiones, evento en el cual, COLPENSIONES procederá a efectuar la liquidación de la pensión.

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 ha actuado de buena 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.

Y respecto al disenso por el monto de las agencias en derecho señalas en primera instancia, sin duda alguna, es un asunto que no concierne discutirse en esta oportunidad procesal, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del Código General del Proceso<sup>2</sup>.

### **COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA**

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, teniendo en cuenta la desventura de sus recursos de alzada. Las mismas serán en favor del señor **JAIME ALBERTO ESPINAL MONSALVE**, y ascenderán las agencias en derecho a la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, que pagará cada una de las codemandadas 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** 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.** y **COLPENSIONES**. Agencias en derecho: medio salario

---

<sup>2</sup> 5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.

mínimo legal mensual vigente para el año 2023 y en favor del señor **JAIME ALBERTO ESPINAL MONSALVE**, que pagará cada una de las codemandadas 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**