

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **GLORIA PATRICIA ROLDÁN ARANGO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y las sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-004-2018-00474-01**.

#### AUTO

De conformidad con el poder especial allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de COLPENSIONES en este proceso, se procede a reconocer personería al abogado JUAN CAMILO POLONÍA MONTOYA, portador de la T.P. 302.573 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLPENSIONES en este proceso como apoderado sustituto.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos,

#### 1. ANTECEDENTES:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones, y consecuentemente se

condena a esta entidad a reconocerle y pagarle la pensión de vejez, con los intereses moratorios del Art. 141 de la Ley 100 de 1993, o subsidiariamente la indexación.

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata la actora que nació el 13 de noviembre de 1962, y que se afilió al ISS desde el 16 de julio de 1981 hasta el 31 de marzo de 1995. Posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A. en abril de 1995, y después se trasladó a PORVENIR S.A. en agosto de 1997.

Expone que PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado no le suministró información adicional, consistente en la edad mínima y en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, es decir, con que IBC debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada o completar el capital para poder acceder a una pensión de vejez, ni a qué edad se redimía el bono pensional, ni la diferencia entre las mesadas en cada régimen, tampoco le informó el derecho a regresar al régimen de prima de media antes de que faltaren 10 años para adquirir su derecho pensional; así mismo indicó que PORVENIR S.A. no le brindó una asesoría antes de cumplir los 47 años de edad.

Arguye que el 18 de enero de 2018, PORVENIR S.A. le realizó simulación pensional y que el 26 de marzo de 2018 la actora le solicitó a PROTECCIÓN S.A. mediante derecho de petición la anulación de su afiliación al RAIS, sin respuesta de dicha entidad.

Finalmente aduce que solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, ante lo cual, mediante comunicación del 17 de abril de 2018, dicha entidad niega el traslado.

## **2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, entendiéndose que estuvo afiliada al RPM de manera permanente y sin solución de continuidad y ordenando en consecuencia a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas que recibió con ocasión del traslado y las que actualmente integran la cuenta de ahorro individual tales como: aportes, rendimientos financieros, el pago de primas y comisiones de seguros previsionales, el aporte a la garantía de pensión mínima y los gastos o comisiones de administración de manera indexada, desde su causación hasta el momento del pago a COLPENSIONES, y con cargo a su propio patrimonio.

Igualmente condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores de gastos de seguros previsionales, comisiones de administración y pagos destinados a la conformación del capital de pensión de garantía mínima, debidamente indexados y con cargo al propio patrimonio.

Seguidamente ordenó a COLPENSIONES a recibir como obligada los valores de la cuenta de ahorro individual que traslade PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A. a su satisfacción y equivalencia, y a reactivar la afiliación de la demandante en el RPM, actualizando su historia laboral de aportes, y a incluir los aportes provenientes de dichas AFP. Asimismo condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión de vejez vitalicia a la demandante conforme a los artículos 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, en el número de 13 mesadas anuales, efectiva al momento en que la demandante acredite la desafiliación al sistema, debiendo ser calculada la mesada pensional por COLPENSIONES en favorabilidad y en aplicación de los artículos 13, 33, 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, ordenando que los valores retroactivos que se generen de la pensión de vejez deberán ser debidamente indexados por COLPENSIONES desde su causación hasta el pago efectivo.

Para fulminar condena, el *quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes pensionales, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de las AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de las AFP que, al momento de la afiliación de la demandante, hayan cumplido con el deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de un consentimiento suficientemente informado, la suscripción del formulario de afiliación preimpreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente, absolvió a COLPENSIONES de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desestimó las excepciones de fondo propuestas por las demandadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A., absolviendo de las mismas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

### **3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:**

La sentencia fue apelada por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

#### **APELACIÓN DE PORVENIR S.A.**

La apoderada de PORVENIR S.A. apela la sentencia, argumentando que el sistema de pensiones conserva 2 regímenes pensionales excluyentes pero que coexisten y son legales, ambos exigen del afiliado el cumplimiento de una serie de requisitos que van a definir su pensión y para que esto ocurra se requiere que el afiliado preste toda su atención en el futuro pensional, es así como tiene la posibilidad de ejercer su libre elección y tomar la decisión de con que régimen se quiere pensionar, al efecto es necesario además que se superen unos trámites que la misma ley contempla, como la solicitud de traslado que se efectúa a través del diligenciamiento de un formulario de afiliación establecido por la Superintendencia Financiera y no a capricho por parte de las AFP.

Expone que la demandante suscribió el formulario de afiliación con PORVENIR S.A. de manera voluntaria, libre y espontánea, siendo consciente de la decisión que estaba tomando, pero que para que eso hubiese ocurrido tuvo que haber recibido una asesoría por parte de los funcionarios de la administradora, los cuales le indicaron la posibilidad de pensionarse anticipadamente, el derecho de retracto y otras características del RAIS que la misma demandante conoce, por lo que no puede tildarse de mal asesoría, engaño, inducción o error, puesto que lo dicho es cierto, el RAIS es un régimen que representa sacrificios de ahorro para el afiliado, como lo indicó la demandante pues conoció la posibilidad de efectuar cotizaciones voluntarias.

Aduce que en el momento en que la demandante se trasladó a PORVENIR S.A. se le explicaron todas las características del régimen y sus diferencias con el RPM, predicable para la fecha del traslado, pues no puede desconocerse que cuando la demandante se trasladó al RAIS la Ley 100 de 1993, se encontraba en su versión original, es decir, si ella lo deseaba se podía trasladar de nuevo al RPM, pero permaneció afiliada al RAIS por más de 25 años sin mencionar engaño alguno, ni mucho menos ejercer su retorno al RPM, por lo que de esta manera se evidencia la decisión libre, voluntaria y sin presiones de continuar en el RAIS, pues es evidente que su interés siempre era el de permanecer al RAIS y buscar la pensión sobre este régimen al efectuar 3 actos de traslado ratificando su decisión y pensionarse bajo las reglas contenidas en el artículo 64 y SS de la Ley 100 de 1993.

Arguye que la demandante tuvo la oportunidad de indagar sobre su futuro pensional y no lo hizo ni en el RAIS ni el RPM, pues solo cuando vio que no se pensionaría en la forma que quería, solicita que se declare la nulidad sobre un acto que fue completamente válido, además que a la demandante le asiste el deber de consultar cuando tiene inquietudes sobre su derecho pensional, no en vano los medios de comunicación diariamente emiten información sobre temas pensionales, y por otra parte las administradoras del RAIS han habilitado diferentes canales de comunicación a los que libremente pueden acceder los afiliados, además trimestralmente las administradoras están obligadas a entregar a los afiliados los extractos de las cuentas de ahorro pensional, razón a ello no puede pretenderse que por la omisión de la demandante de indagar y dejar pasar el tiempo se declare la nulidad de un acto responsabilizado a la administradora porque considera que la indujo en error.

Indica que al no existir evidencia alguna del vicio del consentimiento de la demandante, ni una falta del deber de asesoría por parte de PORVENIR S.A., no tendría lugar la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación.

Finalmente menciona la inseguridad jurídica que este tipo de solicitudes están generando, pues la decretar la nulidad del acto en el cual se reitera fue totalmente válido, trae como consecuencia que cada vez que un afiliado observe que no cumple sus metas por su falta de diligencia, se debe declarar la nulidad o ineficacia del acto con el que se comprometió y dejar sin efectos una situación consolidada que trae perjuicios a la sostenibilidad del sistema.

Por lo anterior, solicita al Tribunal exonerar a PORVENIR S.A. de trasladar sumas de dinero que se encuentren acreditadas en la cuenta de la demandante, adicional se debe tener en cuenta que existen situaciones en el orden fáctico que impiden retrotraer algunas circunstancias, y por lo tanto no puede condenarse a su representada a la devolución de sumas frente a la validez del acto jurídico que fueron descontadas como porcentaje destinado al Fondo de Garantía Mínima, las comisiones de administración, el pago de seguros de invalidez y muertes, igualmente se revoque la condena impuesta por concepto de indexación toda vez que la misma no es procedente, pues de constituirse, se constituiría una doble actualización de la moneda.

## **APELACIÓN DE COLPENSIONES.**

El apoderado de COLPENSIONES apela la sentencia, manifestando que la declaratoria de ineficacia no era viable, dado que el traslado se realizó en debida forma

sin que hubiesen mediado circunstancias que pudieran invalidar dicho acto jurídico, cumpliendo todos los requisitos de forma y fondo para surtir plenos efectos, observando igualmente del debate probatorio que las AFP'S dieron cumplimiento pleno a lo que en su momento correspondía al deber de información y buen consejo.

Expone que del debate probatorio se puede colegir que en el presente caso no se llega a un grado de verdad procesal que permita probar sin lugar a dudas el conocimiento y sentimiento de los afiliados respecto del traslado, por lo que si bien existe una intervención de asesoría por los fondos privados de pensiones, ello no puede implicar que se desconozca también los derechos que le asistía a está en calidad de afiliada, al tratarse de unos deberes que la Ley trae como el asesorarse por medios propios y tener una buena diligencia y cuidado con la toma de decisiones.

Indica que, presenta oposición frente al reconocimiento pensional, dado que debe tenerse en cuenta el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, el cual le otorga a COLPENSIONES un término de 4 meses para estudiar la misma, esto supeditado a recibir a plena satisfacción los dineros regresados por la AFP, pues solo de esta manera podrá garantizarse el derecho a la sostenibilidad financiera del sistema.

Finalmente le solicita al Tribunal, revocar la sentencia de primera instancia y absolver a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

#### **4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:**

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de la DEMANDANTE, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES allegaron escritos de alegaciones, en los que señalan resumidamente lo siguiente:

##### **ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.**

Se solicita al despacho que proceda a confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el a quo, pues debe tener presente que a mi poderdante, la AFP privada, al momento de efectuar el traslado inicial de régimen pensional, no le brindó una asesoría clara, completa y eficiente, la cual le permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones que en su futuro pensional acarrearía dicho traslado, por lo cual, ante la falta de esa asesoría e información, no puede hablarse que el traslado de régimen pensional se dio de manera libre y voluntaria, así las cosas, al no ser libre y voluntaria la decisión por el desconocimiento de las consecuencias que este le

ocasionaría, el mismo se torna ineficaz, tal y como lo indica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 271 del mismo texto normativo. Sobre el particular, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 46292 del 3 de septiembre de 2014, criterio jurisprudencial reiterado hasta la fecha por las diferentes sentencias que sobre el particular se han proferido, indicando el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, que ese deber de información que se encuentra en cabeza de los fondos privados de pensiones, aplica para cualquier tipo de afiliado que se vaya a trasladar o a afiliarse al régimen de ahorro individual, independiente de que sea o no beneficiario del régimen de transición, así mismo ha indicado que el libre consentimiento, es decir, debidamente informado, no se puede concluir de la firma que el afiliado plasma en el formulario de afiliación al RAIS, por lo que es deber del fondo privado, demostrar al interior del proceso, que cumplió con el deber de darle al afiliado esa información clara, completa y eficiente, que le permitiera tener presente las consecuencias que le acarrearía ese traslado de régimen en su futuro pensional, lo que en el caso que nos ocupa brilla por su ausencia.

En lo referente al derecho pensional de vejez que le fue concedido a la parte actora, el mismo también debe ser confirmado en la segunda instancia, pues tal y como lo verificó el despacho en la primera instancia, se encuentra demostrado con las pruebas documentales que reposan en el expediente, que la señora GLORIA PATRICIA ROLDAN ARANGO cumple con la edad y las semanas exigidas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 09 de la Ley 797 de 2003, para ser beneficiaria de ese derecho pensional en el régimen de prima media con prestación definida.

### **ALEGATOS DE PORVENIR S.A.**

Sea lo primero solicitar que se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín en contra de mi representada, el día 18 de julio de 2022, conforme las precisiones efectuadas por la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto con radicado No. 2019152169-003-000, del día 17 de enero de 2020.

Por otra parte, al momento de realizar la demandante su traslado hacia mi representada, se cumplieron con los requisitos legales exigidos para la fecha en cuanto al deber de información, pues la asesoría brindada por Porvenir S.A se efectuó de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de la afiliación, es por esto que se reiteran los argumentos expuestos tanto en los fundamentos de defensa, como en la sustentación del recurso de apelación en sede del a quo

insistiendo en la solicitud de revocar la decisión adoptada por aquel, pues como ya se indicó, la demandante sí contaba con el consentimiento informado en los términos que se exigían en dicho momento para el traslado entre regímenes por las disposiciones legales vigentes, más cuando la misma efectuó actos de traslado entre administradoras del RAIS.

Ahora bien, en el caso de que la delegatura determine que la sentencia debe ser confirmada, le solicito muy respetuosamente al Honorable Tribunal, atender lo indicado por la Superintendencia Financiera de Colombia en el concepto referido anteriormente, frente a sus consideraciones sobre la distribución de la cotización determinado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, en el que resaltó lo siguiente:

“(…) En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. (…)”

Concluyendo que no resulta viable el traslado de sumas diferentes a los aportes y sus rendimientos tales como comisión de administración, aquellas asociadas con las primas previsionales y de reaseguro pues considera que, frente a la comisión de administración, esta se justifica en la medida en que, al ser los fondos de pensiones obligatorias patrimonios autónomos integrados por las cuentas de ahorro individual de los afiliados que son independientes al patrimonio de la administradora, esta ha desplegado una serie de actividades para su conservación, entre otras: **(i)** la elección adecuada de los instrumentos financieros en que se invierten los recursos con el fin de obtener rendimientos en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establece el Gobierno Nacional y que hoy se encuentra recogido en el Decreto 2555 de 2010; **(ii)** la valoración diaria de la unidad que compone dichos patrimonios autónomos, en cumplimiento de lo establecido en el Capítulo I de la Circular Externa 100 de 1995 expedida por esta Superintendencia. **(iii)** Y, en caso de no generarse la rentabilidad mínima exigida en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, proceder a responder con su propio patrimonio y con la reserva de estabilización que corresponde al 1% del valor del fondo administrado, que debe estar invertida en las mismas condiciones que el correspondiente fondo, evitando así, perjuicios para los afiliados.



## **ALEGATOS DE COLPENSIONES.**

Respecto a los medios probatorios que valoró el juez de instancia para fallar favorablemente a los intereses de la actora, tenemos que para el caso en concreto al realizar la demanda no aporta ningún documento, ni siquiera se aporta el formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado. La carga dinámica e inversión de la prueba al interior de un proceso judicial exige la igualdad entre las partes con parámetros de buena fe y lealtad procesal. Bajo estas circunstancias el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar”. Para determinar QUIEN es el que puede probar dentro de un proceso judicial la Corte Constitucional ha señalado que depende de cada situación particular.

Debe tener en cuenta el colegiado que no es factible considerar a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, la misma ley previó distintos deberes en cabeza de los mismos con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera.

El actor al presentar actos de convalidación reafirmó su voluntad genuina de permanecer en el rais, según la sentencia SL 413-2018 C.S.J

En el presente caso no solo suscribió el formulario de vinculación al RAIS a través de LA AFP, sino que también se cumplió con los lineamientos fijados en la ley, procedió a reiterar su voluntad de permanencia en dicho régimen, al trasladarse, lo que supone que estaba conforme con los beneficios de dicho régimen.

Igualmente, respecto a la pretensión del reconcomiendo pensional hay una evidente falta de legitimación en la causa en tanto Colpensiones al ser un tercero de Buena fe no tiene el deber del reconocimiento pensional, razón por la cual no se asiste una obligación de carácter legal o reglamentaria que subyazca de una relación jurídica sustancial para con la demandante

En este punto es prudente manifestar que de conformidad con el artículo 33 de la ley 100/93 debe otorgársele a Colpensiones el termino de 4 meses para estudiar la misma, y ello además una vez reciba a plena satisfacción y equivalente todos los aportes del rais, ya que si bien obra en el expediente reclamación administrativa con relación a la misma, ya que esta no puede verse como un simple formalismo sino que la entidad debe pronunciarse de fondo toda vez que al momento de radicar dicha reclamación a Colpensiones la entidad no tenía conocimiento de la hl de la actora.

## **5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:**

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante.

De confirmarse la decisión de declaratoria de ineficacia ante referida, se verificará si es procedente la condena en contra de COLPENSIONES de reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante, y en caso afirmativo, los términos en que dicha prestación debe ser otorgada.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

## 6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta entidad por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva

quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a las afiliadas o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que la actora, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folios 55 a 57 (Documento 01 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 16 de marzo de 1995 como se advierte en el formulario de afiliación a dicho fondo que reposa a folio 257 del expediente digital, con efectividad al 1º de abril de 1995 como se nota en el certificado SIAFP que milita a folio 393 del expediente digital, posteriormente se trasladó a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 27 de junio de 1997 como se advierte del formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 389 del expediente digital, luego

se trasladó a PORVENIR S.A. el 11 de junio de 1999 como se advierte en el formulario de afiliación a dicho fondo visible a folio 391 del expediente, con efectividad al 1º de agosto de 1999 como se nota en el certificado SIAFP que reposa a folio 393 del expediente.

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1995 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:04:35 del video de la audiencia de trámite y fallo (documento 19 del expediente), no se advierte que, esta haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo señaló el *a quo*, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probaron las AFP, siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión del *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1995 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN S.A.

De otra parte, sobre la teoría de los actos de relacionamiento, alegados en la apelación de PORVENIR S.A. referentes al traslado dela actora entre distintas AFP del RAIS, que denotarían su voluntad de pertenecer al RAIS, teoría expuesta por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 413-2018, ha de tenerse en cuenta que dicha Sala de descongestión no tiene la facultad para variar la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte, habiéndose

pronunciado ya esta Corte en su Sala permanente en el sentido que tales actos de relacionamiento, no pueden ser fundamento para negar la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues la falta al deber de asesoría se debe estudiar al momento de traslado y no en relación con actos posteriores a este.

Al respecto esto, precisó la SCL de la CSJ en la Sentencia SL5686-2021:

*“Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.*

*Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema.”*

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que la orden impartida por el *a quo*, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, y por tal razón, como lo argumentó Colpensiones la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, así mismo PROTECCIÓN S.A. deberá trasladar a COLPENSIONES los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, sin descuento de ninguna índole, lo que se precisará en esta instancia, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiesen recibido las AFP demandadas como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta

Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”*.

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, en la que precisó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación dla actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.*

*“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba la actora antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladaos los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”*

Asimismo, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la **buena fe o de una buena gestión en la administración del bien**, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de las AFP demandadas, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de

sus asesores, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir con su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Ahora PORVENIR S.A. en su apelación, aduce que los dineros no se pueden devolver de forma indexada pues de constituirse, sería una doble actualización de la moneda, aspecto en el que le asiste parcialmente la razón, bajo el entendido que la decisión del *a quo*, no precisa qué rubros de los que se ordena devolver son los que se deben reintegrar indexados, por lo que se podría entender que son todos, incluidos los dineros depositados en la cuenta de ahorro pensional de la demandante y sus rendimientos o intereses, rubros estos que ninguna depreciación sufrieron por haber generado sus intereses y por ello no deben ser indexados.

No ocurre lo mismo con los gastos o cuotas de administración, incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, rubros que no ganaron los rendimientos o intereses pues fueron apropiados por PORVENIR S.A. o gastados para los pagos de las primas, por lo que estos rubros sí deben ser devueltos indexados.

En razón a lo anterior, se precisará en esta instancia que la indexación, solo se efectuará respecto de los rubros antes mencionados.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

#### **DE LA CONDENA AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A CARGO DE COLPENSIONES:**

En cuanto a la condena al reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, debe señalarse primeramente que, en eventos anteriores con supuestos fácticos similares, esta Sala de Decisión consideró pertinente la declaratoria de la excepción de petición antes de tiempo, en la medida en que cuando se instauró la demanda la afiliada no cumplía los requisitos para el reconocimiento de la prestación

de vejez, los cuales solo se acreditaban en el curso del proceso, y en todo caso antes de proferirse la sentencia respectiva.

No obstante al reexaminar la situación presentada, en los últimos casos se ha considerado procedente modificar tal postura, en el sentido de que la propia Ley procesal general permite la adopción de decisiones en las que se tengan en cuenta hechos sobrevinientes en el curso del proceso, siempre que hayan sido alegados por la parte interesada y estén demostrados antes de dictarse la respectiva sentencia, como en este caso aconteció, gracias a que el tema fue planteado en las pretensiones de la demanda y desarrollado en los hechos que las soportan, lo que habilitaba a las demandadas para efectuar un pronunciamiento concreto (artículo 281 del CGP, inciso 3º). Lo anterior resulta factible y adecuado, por cuanto se están garantizando principios como los de economía procesal, además de derechos fundamentales como el acceso a la administración de justicia, la seguridad social, la prevalencia de los derechos sustanciales y la garantía de los derechos mínimos e irrenunciables.

En un caso de contornos similares, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-3707-2018, Rad. 50.665, señaló lo siguiente:

*“En este orden, sin bien la accionante para cuando impetró la demanda inicial el 16 de marzo 2005, no cumplía con la densidad de semanas que la ley exigía para acceder a la prestación solicitada, tal requisito estaba satisfecho en fecha muy anterior a cuando se profirió la sentencia del juzgado, lo que condujo a que en esta se le otorgara la pensión de vejez con base en las mil semanas que regula el artículo 12 del Acuerdo 049/90.*

*Así las cosas, nos encontramos ante un hecho sobreviniente que no podía ser desconocido por el juzgador de alzada, puesto que la prestación aquí deprecada tiene el carácter de un derecho mínimo e irrenunciable, conforme a lo establece el artículo 48 de la C.N., y en esa medida, este debe hacerse prevalecer, debiendo tenerse en cuenta, que se trata de la misma pretensión contenida en la demanda inaugural, la pensión de vejez, la que si bien para cuando se presentó la acción no reunía los requisitos en cuanto a densidad de semanas, ello se surtió en el trámite del mismo.*

*Lo anterior, tiene respaldo además en el inciso final del artículo 305 del CPC, vigente para la época cuando se profirió la decisión de segunda instancia, hoy 281 del CGP, el cual preceptúa: «En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando este no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio» (Negrillas fuera de texto original), lo cual tiene como propósito que las decisiones judiciales no resulten reñidas o ajenas a la realidad. (CSJ SL, 27 feb. 2007, rad. 28884).”*



Analizado lo anterior, debe señalarse que habiéndose declarado la ineficacia del traslado de la accionante al RAIS, el derecho que tenga la demandante a la prestación de vejez, debe analizarse con los requisitos legales del sistema general de pensiones, consagrados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la ley 797 de 2003, por no ser esta beneficiaria de la transición del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como bien lo dejó establecido el fallador de primera instancia.

Aquella norma legal exige como requisitos para obtener la citada prestación, 57 años de edad en el caso de las mujeres y 1300 semanas cotizadas.

En este caso, la señora ROLDAN ARANGO, al haber nacido el 13 de noviembre de 1962, como se prueba con la copia de su cédula de ciudadanía que reposa a folio 47 del plenario, acredita que arribó a la edad mínima pensional de 57 años el mismo día y mes del año 2019, y que además cuenta con más de **1.300 semanas cotizadas** hasta el ciclo de abril de 2018 según la historia laboral actualizada al 06 de abril de 2018 aportada por PORVENIR S.A., visible a folios 69 a 89 de la foliatura (archivo 01 proceso ordinario digitalizado), por lo que se concluye que efectivamente, como lo sentenció el fallador de primer grado, la demandante cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez en aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por lo que se confirmará igualmente dicho aspecto de la decisión de primera instancia.

Ahora, como el requisito mínimo de edad para acceder a la pensión de vejez, la actora lo cumplió en el año 2019, la pensión reconocida se causó en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011, por lo que, conforme a la citada norma constitucional, se reconoce con trece mesadas al año.

De otro lado, en lo que tiene que ver con el disfrute de la prestación, aplica la necesidad ineludible en casos como este de acreditar la desafiliación del sistema. El fundamento para adoptar esa decisión no son solo los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990 que hacen referencia a la causación y disfrute de la pensión de vejez, sino también que esas cotizaciones que se vienen realizando pueden tener incidencia en el valor final de la prestación que se va a reconocer, en los términos del artículo 21 de la ley 100 de 1993.

Lo anterior debido a que se no existe en el expediente un reporte de cotizaciones actualizado y se desconoce con certeza la última fecha de cotización efectuada al sistema, por lo que le corresponderá a COLPENSIONES, después de recibidos los dineros que cada uno de los fondos privados deben reintegrar, liquidar y comenzar a

pagar la prestación una vez se acredite el retiro del sistema pensional, atendiendo para ello las pautas establecidas en los artículos 21, 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón al apoderado de Colpensiones en lo que a este punto se refiere, debiéndose adicionar el mismo.

En cuanto al aspecto de la apelación de COLPENSIONES, en el sentido que el reconocimiento de la pensión está supeditado a recibir a plena satisfacción los dineros regresados por la AFP, pues solo de esta manera podrá garantizarse el derecho a la sostenibilidad financiera del sistema, considera la sala le asiste razón, no solo porque debe recibir los dineros de la cuenta de ahorro pensional de la actora y los demás rubros, sino porque solo hasta que se produzca este trámite, Colpensiones podrá tener la información que le permita liquidar la pensión de la demandante, por lo que se adicionará la sentencia recurrida en el sentido de declarar que COLPENSIONES deberá reconocer la pensión a la actora, previo a que haya recibido de las demandadas los dineros que se les ordena restituir, con la información relacionada de semanas cotizadas, ingreso base de cotización y demás datos para liquidar la pensión.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y revisada en el grado jurisdiccional de consultada será CONFIRMADA, ADICIONADA y PRECISADA en los términos anteriormente expuestos.

Sin costas en esta instancia por haber prosperado parcialmente la apelación de las recurrentes.

## **7. DECISIÓN:**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 18 de julio de 2022 proferida por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **GLORIA PATRICIA ROLDÁN ARANGO** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** en cuanto declaró la

ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, PRECISANDO que como consecuencia de ello:

PORVENIR S.A. deberá entregar a COLPENSIONES la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como indexados los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

Asimismo, PROTECCIÓN S.A. deberá devolver a COLPENSIONES indexados, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, descontados durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicha AFP.

**SEGUNDO:** ADICIONAR la sentencia en el sentido de que solo le corresponde a COLPENSIONES, después de recibidos los dineros que cada uno de los fondos privados deben reintegrar, liquidar y comenzar a pagar la pensión de vejez a la demandante, una vez acredite el retiro del sistema pensional, atendiendo para ello las pautas establecidas en la parte motiva de este fallo.

**TERCERO:** SIN COSTAS en esta instancia

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres  
Magistrado  
Sala Laboral  
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

**Jaime Alberto Aristizabal Gomez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**John Jairo Acosta Perez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e83464ead4a62af360b1e3e98cc546a0ee7c3e227f608e9ae7310157a50b862f**

Documento generado en 19/05/2023 02:48:14 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**