



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

DEMANDANTE:	Eugenio Washington Livingston Williams
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma y adiciona
Radicado	05001-31-05-003-2023-00028-01 <a href="#">(140) 05001310500320230002801</a>

En Medellín, a los cuatro (4) días de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por las Magistradas **Luz Amparo Gómez Aristizábal**, **María Eugenia Gómez Velásquez**, y **Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación de Porvenir SA y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta, en el proceso ordinario laboral adelantado por el señor **Eugenio Washington Livingston Williams** en contra de **las recurrentes**, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I.ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES.

El señor Eugenio Washington Livingston Williams presentó demanda en contra de Colpensiones y Porvenir SA buscando la declaratoria de ineficacia de su afiliación y/o traslado a ésta última, por cuanto violaron el deber objetivo de información. De ese modo, al haber estado afiliado antes de su traslado al RAIS al RPMPD a través de la Caja de Previsión Social del Municipio de San Andrés, se declare que su

afiliación ha sido sin solución de continuidad a este régimen conservando su derecho al régimen de transición pensional. Que se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todo el dinero existente en su cuenta de ahorro individual, más los rendimientos por ser ésta la administradora del RPMPD, y que Colpensiones y los convierta en semanas de cotización, procediendo a reconocerle la pensión de vejez de acuerdo con las reglas de la Ley 33 de 1985 el retroactivo indexado; costas y agencias en derecho; ultra y extra petita.

## **2. HECHOS.**

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 24 de diciembre de 1955 y a la fecha de presentación de la demanda tenía 66 años; inició su vida laboral el 1 de febrero de 1980 como empleado público en el Municipio de Providencia, donde trabajó hasta el 11 de febrero de 1995, logrando completar 15 años y 11 días de servicio, para un total de 784.25 semanas cotizadas a la Caja de Previsión Social del Municipio de Providencia, San Andrés.

En enero 5 de 2004 volvió a trabajar con el Municipio de Providencia, esta vez se afilió a Porvenir SA desde el 1 de marzo de 2004 y aún permanece en ese Fondo al que, con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia del cargo siguió haciendo aportes hasta el 31 de enero de 2022, cuando se retiró definitivamente logrando completar 921,42 semanas, acumulando en total 1.713.32.

Aseveró que, al momento de vincularse a Porvenir era beneficiario del régimen de transición, pero en su ignorancia y ante la falta de asesoría del fondo lo perdió al trasladarse; sin embargo, con la tragedia del huracán Lota que destruyó la isla de Providencia se mudó a Medellín donde buscó asesoría en el año 2020.

Manifestó el demandante que en la proyección de la mesada pensional efectuada por Porvenir SA, evidenció inconsistencias en su historia laboral, porque aparecía sin derecho a bono pensional; luego de haber solicitado la corrección y haberle sido aplicada solicitó un nuevo cálculo y ahí fue cuando se percató que, de haber permanecido en el RPM hubiera conservado el beneficio del régimen de transición y pensionarse de conformidad con los requisitos de la Ley 33 de 1985, desde el 24 de diciembre de 2010 cuando cumplió la edad mínima de 55 años, por tener más

de 750 semanas cotizadas a esa fecha, y que se pensionaría con una tasa de reemplazo del 75%, lo que genera una mesada superior a la calculada en el RAIS por \$462.830 mensuales.

Afirmó que, Porvenir SA violó los principios debida diligencia e información para que tomara la mejor opción para pensionarse, no le dieron la reasesoría, y que al pedirles reporte de la visita comercial que recibió el formulario de afiliación.

Precisó que intentó trasladarse al RPM elevando petición ante Colpensiones, y se lo negaron porque se encontraba a diez años o menos para pensionarse, empero ante la solicitud elevada a Porvenir en el mismo sentido, ésta le comunicó que sí cumplía las condiciones para el traslado, y por ello insistió ante Colpensiones por el traslado, siendo negado ahora con fundamento en que no contaba con el mínimo de semanas para la entrada en vigencia del sistema. El 15 de marzo de 2022 volvió a solicitar a Colpensiones el traslado aportando las pruebas que demuestran que tiene más de las 750 semanas requeridas, negado por la edad.

### 3. CONTESTACIÓN DEMANDADAS.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandadas allegaron respuesta oportuna, así:

**Colpensiones** aceptó la fecha de nacimiento del actor y su edad actual, las varias solicitudes de traslado que presentó ante ellos y las respuestas negativas que emitieron; que los hechos once, dieciocho, veinte, veintinueve, treinta y treinta y uno son apreciaciones subjetivas, y de los demás hechos, dijo no constarle por ser situaciones ajenas a la entidad; se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra proponiendo las excepciones de fondo de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del traslado de régimen, inexistencia de ineficacia del traslado a la AFP Porvenir SA, inexistencia de la obligación de reconocer y pagar pensión de vejez, inexistencia de la obligación de reconocer y pagar intereses moratorios, improcedencia de la indexación de las condenas, inoponibilidad de la responsabilidad de las AFP Porvenir SA ante Colpensiones en casos ineficacia de traslado de régimen, indebida aplicación del artículo 1.604 del código civil, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones

en el régimen de prima media, desconocimiento del precedente judicial, equivalencia del ahorro o diferencias pensionales, devolución de aportes debidamente indexados, devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por parte de la AFP Porvenir SA, buena fe, prescripción, compensación, imposibilidad de condena en costas y la innominada.

**Porvenir S.A.** aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento del actor y aclaró la edad para la fecha de contestación, la afiliación al RAIS y señaló que el actor confirmó la asesoría recibida, las semanas cotizadas con el fondo, pero aclaró que no sabe si fueron continuas o discontinuas y que se atiene a la información del histórico laboral consolidado que ellos generen, refutó los reparos en cuanto a la falta de claridad del funcionamiento del RAIS o indebida información suministrada al momento de la afiliación, y dijo que respondió todas las solicitudes elevadas por el actor. Se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de: buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa, derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

En la etapa de fijación del litigio el juez de instancia adicionó como objeto de discusión establecer si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, si se le causaron perjuicios con el traslado del RPM al RAIS, y si tenía más de 750 semanas cotizadas al 30 de junio de 1995 para estar cobijado por el régimen de transición por ser trabajador público del orden territorial.

#### **4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 28 de abril de 2023, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la AFP Porvenir S.A. no probó en este proceso que cumpliera con su obligación de diligencia debida de buen consejo, dándole información clara, veraz y oportuna al demandante al momento del traslado del RPM al RAIS y a lo largo de toda la afiliación.

SEGUNDO: DECLARAR que la AFP Porvenir S.A. causó grave daño o menoscabo a la seguridad social en pensiones del demandante, al incumplir dicha entidad su obligación de diligencia debida de buen consejo, constatando este despacho que incluso desde 2004 era verificable que el demandante era beneficiario de la transición pensional, situación que no constató en grave descuido, culpa leve de la AFP Porvenir SA

TERCERO: DECLARAR la responsabilidad constitucional y profesional de la entidad demandada Porvenir SA en el daño, perjuicio o menoscabo a la seguridad social en pensiones del demandante.

CUARTO: DECLARAR la inaplicación constitucional de pérdida del RPMPD y transición pensional acaecida en el demandante cuando éste se trasladó del RPM al RAIS en marzo de 2004 y en su lugar declarar que el demandante EUGENIO WASHINGTON LIVINGSTON WILLIAMS sigue inmerso en el RPMPD, pero a cargo de la AFP incumplida Porvenir SA. El señor EUGENIO WASHINGTON LIVINGSTON WILLIAMS se identifica con la cc n° 15.242.178.

QUINTO: ABSOLVER de todas las pretensiones a COLPENSIONES, sin perjuicio de las órdenes que enseguida se darán.

SEXTO: Consecuencial a todas las declaraciones ordenar a PORVENIR SA AFP, que a partir del 1 de mayo de 2023 incluya en nómina de pensionados al señor EUGENIO WASHINGTON LIVINGSTON WILLIAMS, para que le continúe pagando pensión de vejez en una suma de dinero equivalente mesada de \$2.314.201,88, incluyendo las mesadas extraordinarias de junio y diciembre de cada año y sin perjuicio de los incrementos aumentos anuales de ley. En este mismo punto se ordena a Porvenir SA AFP pagar retroactivo pensional al demandante del 1 de febrero de 2022 al 31(sic) de abril del 2023, incluyendo las mesadas 13 y 14, la suma de \$ 35.635.089,97, suma de dinero que debe ser indexada por Porvenir SA cuando real y efectivamente sea pagada al demandante incluyendo las mesadas que se sigan causando.

SEPTIMO: ORDENAR a la AFP Porvenir SA que dentro del mes siguiente a la fecha en que quede en firme esta sentencia Porvenir SA, debe solicitar está obligada a solicitar por escrito a Colpensiones, elabore cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional, aquí mismo se ordena a Colpensiones que dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que lo solicite por escrito, Porvenir SA elabore dicho cálculo actuarial pensional y dentro de este mismo lapso, dos meses, lo presente por escrito a Porvenir SA AFP. A su vez dentro del mes siguiente a la fecha en que sea recibido por escrito por Colpensiones el cálculo actuarial pensional, Porvenir SA debe proceder a su pago real y efectivo ante dicha entidad Colpensiones.

OCTAVO: Ordenar a Porvenir SA que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES, continúa obligada a pagar la pensión de vejez bajo el RPMPD al demandante señor EUGENIO WASHINGTON LIVINGSTON WILLIAMS. COLPENSIONES subrogará en tal obligación a PORVENIR S.A. desde el momento y hora en que esta última entidad pague a COLPENSIONES el valor del cálculo actuarial pensional al demandante.

NOVENO: AUTORIZAR a la AFP PORVENIR SA a enjugar parte del valor del cálculo actuarial pensional que aquí se le ordena pagar a COLPENSIONES tomando para sí los ahorros pensionales del demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros de este.

DECIMO: No prosperan las excepciones propuestas por la entidad demandada PORVENIR S.A. ni la de prescripción ni ausencia de responsabilidad como se indicó en la parte motiva de esta sentencia; las demás excepciones quedan resueltas implícitamente y prospera la excepción de intransmisibilidad de responsabilidad de la AFP a Colpensiones.

DÉCIMO PRIMERO: Costas procesales a cargo de la AFP PORVENIR S.A. agencias en derecho en esta instancia en favor del demandante en la suma de \$ 2.320.000.

El juez se apartó del reiterado precedente que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional de la Sala de Casación Laboral de la CSJ justificando su decisión en que en el caso de ordenar el regreso automático del demandante al RPM, y la consecuente devolución de los valores ahorrados por el afiliado, no alcanza a cubrir la pensión; que se violan principios constitucionales como el inciso 3 del art. 334 de la CN, y consagrados en la sentencia SU-149 -2021; que la sostenibilidad financiera del sistema pensional solo se puede salvaguardar con la imposibilidad de traslado; y que Colpensiones como tercero vinculado no puede recibir las consecuencias

dañosas del traslado. Ante ello arrimó a la conclusión que opera la aplicación del principio jurídico de responsabilidad y eficacia.

Para argumentar el reconocimiento de la pensión de vejez, acudió a las pruebas obrantes como la certificación CETIL emanada del municipio de Providencia, que acredita que el demandante tiene el mínimo de aportes como empleado público y está cobijado por el régimen de transición y le es aplicable la Ley 33 de 1985 porque al 30 de junio de 1995 tenía más de 40 años de edad y más de 750 semanas cotizadas; situación sobre la cual hizo hincapié que no fue verificada por los asesores que lo afiliaron a Porvenir SA, y que le hubiera permitido obtener el reconocimiento de la prestación de vejez desde el 24 de diciembre de 2010, fecha en la que cumplió los 55 años, de acuerdo a los parámetros de la Ley 33 de 1985. Así como también resaltó que en el caso del actor no hubo reasesoría cuando cumplió 52 años. Con base en tales supuestos concluyó que Porvenir SA causó un grave daño o perjuicio al demandante quien solo va a poder adquirir el derecho desde el 1 de febrero de 2022, cuando operó el retiro del sistema.

## 5. RECURSO DE APELACIÓN.

Los reparos de **Porvenir S.A.** consisten en que se vulnera la seguridad jurídica porque no existe ninguna circunstancia en el caso del demandante que amerite desconocimiento del precedente constitucional y menos que se le ordene reconocer pensión bajo el régimen de prima media al cual ellos no pertenecen; que no le han causado daño o perjuicio al demandante porque nunca le negaron el traslado al RPM; que el formulario de afiliación suscrito por el demandante tiene la constancia de la asesoría brindada y tiene constancia de la información dada sobre el régimen de transición, así como que el mismo actor confesó en el interrogatorio de parte que su vinculación a ese fondo fue libre y voluntaria. Se duele que la doble asesoría solo fue recriminada a ellos mas no a Colpensiones, quien también debió brindársela al actor.

**Colpensiones** apeló parcialmente, los numerales séptimo y noveno de la sentencia, para que se ordene a Porvenir SA la devolución de todos los aportes y de las cuotas de administración debidamente indexados.

## II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

**Colpensiones** esgrimió que, como tercero de buena fe, la ineficacia del traslado le resulta inoponible como mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, y con alcance frente al principio de sostenibilidad financiera y planeación de la reserva pensional; sin embargo, es quien debe asumir las consecuencias de las órdenes de la sentencia como que el demandante sigue inmerso en el RPM, cuando no cumple con los requisitos de ley para retornar. Así como solicitó que, en caso de confirmarse la sentencia, se ordene la devolución de todos los aportes efectuados por el demandante al RAIS con frutos e intereses, y de las cuotas de administración debidamente indexados.

**Porvenir SA** esgrimió que la afiliación del actor cumplió con las exigencias vigentes para la época en que fue suscrito, que la sentencia pasó por alto que la sanción de ineficacia, frente a la cual se apartó el juez de conocimiento pese a considerar la existencia de falta de información por parte de Porvenir además de encontrar respaldo en los artículos 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política (CSJ SL4360-2019); que, no opera la acción indemnizatoria cuando porque el demandante no los probó; que la creación de los regímenes pensionales de prima media y ahorro individual son coexistentes y excluyentes entre sí; que no hay lugar a condena en costas porque siempre han actuado de buena fe manifestando su voluntad de conciliación con el RPM.

### **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

#### **3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO**

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

#### **3.2 PROBLEMA JURÍDICO**

Esta Sala analizará, si se debe declarar la ineficacia del traslado del demandante Eugenio Washington Livingston Williams, con el consecuente regreso al RPM

administrado por Colpensiones, y, si es así, establecerá las consecuencias que de ello se derivan. Y determinar si procede el reconocimiento de la pensión de vejez al actor bajo el régimen de transición con fundamento en la Ley 33 de 1985.

### **3.3 HECHOS RELEVANTES PROBADOS**

De acuerdo con el acervo probatorio arrimado, no hay duda que **(i)** el demandante nació el 24 de diciembre de 1955 como se observa en su cédula de ciudadanía (folio 12 archivo 04Pruebas), **(ii)** que a la fecha de la sentencia de primera instancia tenía la edad de 67 años, **(iii)** que estuvo afiliado a la Caja de Previsión –Cajanal- como empleado público del municipio de Providencia desde el 01/02/1980 al 11/02/1995 con se desprende del formato CETIL y del bono pensional obrantes a folios 13 a 33 y 34 a 36 (archivo ibidem); **(iv)** posteriormente se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A. suscribiendo solicitud de vinculación el 6 de enero de 2004; con fecha de efectividad el 2004/03/01 **(v)** a la fecha 25 de febrero de 2023 contaba con un total de 1.713 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales 784.2 corresponden a las cotizadas por entidades públicas –Caja de Previsión de Providencia, y 921.4 a Porvenir (folio 70 archivo 15ContestacionPorvenir).

### **3.4 INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.**

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando un empleador o cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, sea acreedor a las sanciones del inciso 1° del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con ella, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quedará sin efecto.

Lo segundo a considerar es que, si bien la afiliación es libre y voluntaria, también en cierto que, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, de modo que la decisión de traslado esté precedida del cumplimiento de ese mandato.

Ahora, según el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar información necesaria y



transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

El fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia)

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

Así, cuando el afiliado alega la falta de información o la mala entrega de esta por parte de la AFP, como ocurre en este caso, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC).

Por lo que, al haber indicado el actor que «no recibió la información», en razón de ser una negación indefinida, ello lo releva de probar ese hecho y, a su vez,

trasladando así la carga de la prueba en la AFP demandada, quien deberá probar en contrario, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado.

Lo que nos lleva a reiterar que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

*el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),*

Ahora, ante el supuesto fáctico que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos; no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones solo podrían acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Se itera, que el cumplimiento del deber de información por la AFP y su acreditación en el proceso no se puede demostrar con simples manifestaciones genéricas como que el afiliado aceptó las condiciones del traslado, pues ellas son insuficientes ya que quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso Porvenir SA (CSJ SL4964-2018).

Ello autoriza a concluir que, al presentarse el traslado de la carga de la prueba del afiliado a las Administradoras de Fondos de Pensiones, por ser éstas las que cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, era Porvenir SA quien debía probar en el proceso que brindó una asesoría personalizada y completa al demandante al momento de su traslado, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Y, es que las AFP desde su creación, tienen el deber, de suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Además, dentro de sus obligaciones con el afiliado, se encuentra la de informar por ejemplo, que existen diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, a fin de mostrarle **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Por lo que se recalca, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al “*deber del buen consejo*”, como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que

es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores, velar por la información suministrada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Pese a todo ello, si bien Porvenir SA afirmó al contestar la demanda que al actor se le brindó la asesoría requerida para el caso (archivo 15ContestaciónProteccion), de acuerdo con la jurisprudencia ya descrita, tenía la carga de acreditarlo, sin embargo, ninguna prueba arrimó que dé cuenta de la información realmente suministrada al demandante al momento de su vinculación que implicó el traslado de régimen, y mucho menos que le hayan advertido las consecuencias que ello implicaba dada su condición de beneficiario del régimen de transición como empleado público, así como que podía aspirar al reconocimiento prestacional bajo la Ley 33 de 1985. Y es que no puede pretender el fondo, como lo esgrimió en su recurso que, con la leyenda impresa en el formato de vinculación que se titula: traslado de régimen, ello haya sido suficiente para instruirlo máxime cuando para la fecha en que operó el traslado ya tenía adquirido el beneficio transicional, y nada de ello logró acreditar dentro del caso de marras; y así lo ha adocinado la jurisprudencia en sentencias como la SL1452-2019 así:

antes de surtirse el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, la administradora privada de pensiones tiene el deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, entre ellas, la pérdida del régimen de transición”.

Sumado a que tampoco puede hacerse referencia a la información que le dieron en la reasesoría, en primer lugar, porque no hubo y en segundo, pues como lo viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad de **la información se juzga es al momento del acto jurídico del traslado de régimen pensional**, y no con posterioridad a aquel.

Así las cosas, en el caso bajo estudio considera la Sala que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho pensional, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, y con ello, que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella como que la demandante nunca se trasladó al RAIS;

y no como desacertadamente se decidió en primera instancia, que operaba la inaplicación constitucional de pérdida del RPMPD.

Comprobado que la primera afiliación del actor se hizo con Cajanal, hoy extinta, como se acreditó con el CETIL y la historia laboral consolidada y aportada por Porvenir SA visible a folios 13-33 y 70 (archivo 15ContestacionPorvenir), y corroboró en el interrogatorio de parte practicado a éste; lo cierto es que ante la prosperidad de las pretensiones de la demanda en esta segunda instancia al declararse la – ineficacia del traslado al régimen pensional-, la afiliación del actor debe darse a Colpensiones, por cuanto es ésta la única entidad que en la actualidad administra el RPMPD, ello en armonía con el decreto 2196 de 2009, y el decreto 2013 de 2012 que dispuso el traslado de los afiliados de la entidad liquidada, al entonces ISS hoy Colpensiones.

Debiéndose confirmar el numeral primero que dispuso *«Declarar que la AFP Porvenir S.A. no probó en este proceso que cumpliera con su obligación de diligencia debida de buen consejo, dándole información clara, veraz y oportuna al demandante al momento del traslado del RPM al RAIS y a lo largo de toda la afiliación»*; y revocar las decisiones de los numerales segundo a quinto y séptimo a décimo, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen y con las consecuencias jurisprudenciales que ello trae consigo.

### **3.5 CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.**

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

En suma, ante la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que contrario a lo señalado por el juez de primera instancia, y en atención al precedente jurisprudencial de nuestro órgano de cierre constitucional, ello no significa que la AFP Porvenir S.A. es el fondo que deba asumir la posible pensión de vejez que

cause el demandante bajo el RPM como sanción por la indebida información, junto con la posterior subrogación pensional; sino que lo procedente en estos casos y tal como se encuentra deprecado en el acápite de pretensiones de la demanda, es que Porvenir S.A. traslade a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, así como, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, como lo ha determinado la jurisprudencia desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Y que a Porvenir SA le corresponde devolver a Colpensiones los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, causados mientras estuvo afiliado el demandante en esa entidad.

Ahora en lo que corresponde a la indexación de las condenas, tenemos que este tema no lo analizó el juez; sin embargo, esta Corporación ciñéndose a los parámetros establecidos en reciente jurisprudencia, ordenará que los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones y con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 2021 y especialmente la SL-950 de 2022, en la que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Referente a la orden de devolución de las cuotas de administración, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 contempla que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 ibidem, los cuales consagran que su pago es a cargo de los afiliados; lo cierto es que ante la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, estas cuotas no se pueden generar en favor de la administradora del fondo privado de pensiones demandada sino que deben ser trasladados al RPM.

Ante la revocatoria en este punto de la decisión, existe mérito para que en su lugar se ordene que las obligaciones de traslado que recaen en Porvenir SA se realicen dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia –art. 16 Decreto 692 de 1994- y se dispone que el traslado de los recursos se haga con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, esto es, entregando la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor con el detalle pormenorizado de los IBC, *“...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”*.

Bajo esta égida se aclara que el traslado de régimen reconocido por vía judicial no contraría la restricción contemplada en literal e) artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; sino que, ante la ineficacia declarada, surge la imposición de sanción a la AFP a la cual se trasladó el afiliado, por cuanto como se ha indicado en este proveído, el mismo no operó de manera libre y con pleno conocimiento de las consecuencias, que era obligación suministrarle al hoy demandante, quien una vez informado por sus propios medios de las diferencias y repercusiones de su mesada pensional en el traslado de régimen se vio abocado a presentar acciones constitucionales y finalmente la presente demanda. Y, por otro lado, tampoco atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida alegada por la apoderada de Colpensiones, porque ello se ve protegido precisamente, con la orden de traslado íntegro de los recursos del afiliado, para poder garantizar la equivalencia de condiciones en de aportes para cada régimen. Amén de que con esta decisión lo que se está garantizando es el derecho a la pensión de vejez del actor, quien con su fuerza laboral contribuyó a la construcción de su derecho, y es al momento de

retiro que se da el cumplimiento real y efectivo de su derecho fundamental a la seguridad social, por lo que cualquier supuesto o estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «*no produce efectos*», y esa ha sido postura reiterada por la jurisprudencia de cierre en sentencias como la SCL1055 de 2022 así:

la jurisprudencia de la Corte se ha enfocado en garantizar el derecho básico de los trabajadores a recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional, como una garantía mínima consagrada en el artículo 53 de la Constitución Nacional, que encuentra respaldo en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 y se armoniza con artículo el 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «*no produce efecto*» (CSJ SL3871-2021), de modo que incumplida esa prerrogativa, es imperativo declarar la ineficacia del traslado.

Ahora, si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obediencia de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.”

### **3.6 PRESCRIPCIÓN**

No está llamada a prosperar la excepción de prescripción por cuanto la acción sobre el traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con los requisitos y valor de la pensión, por lo que se debe predicar la imprescriptibilidad de la acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

### **3.7. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PENSIÓN DEL DEMANDANTE**



En atención a los reparos de la apoderada de Colpensiones, se procede a estudiar si fue acertado o no el reconocimiento del este derecho prestacional y la normatividad aplicada.

Siguiendo el derrotero trazado por el extremo activo, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional, su consecuencia es que las cosas deben volver a su situación anterior, como si el acto de traslado nunca hubiera existido. En este caso, el a quo ordenó el traslado de todos los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones, que una vez recibidos e integrados a su acervo pensional y previa desafiliación al sistema del demandante, y que, a partir de entonces, surge la obligación de reconocer el derecho a la pensión de vejez.

No obstante, no puede perderse de vista los hechos demostrados en el sumario que las cotizaciones efectuadas por el actor a la Caja de Previsión Social del Municipio de Providencia San Andrés durante el período comprendido del 01-02-1980 al 11-02-1995, las hizo como empleado público del municipio de Providencia, en el cargo de –jefe de Oficina- y con fundamento en ello solicita el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el régimen de transición y en aplicación de la Ley 33 de 1985, perdió de vista que atendiendo la naturaleza del vínculo laboral del demandante, el juez ordinario carecía de competencia para pronunciarse sobre el reconocimiento de la pensión de vejez, de acuerdo a las reglas previstas en el artículo 2 del CPTSS, modificado por la Ley 1564 de 2012 el cual dispone en su numeral 4:

(...) Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”.

Sobre este tema la Corte Constitucional, al dirimir conflictos de competencia por esta causa, ha fijado ciertas reglas, entre ellas la que postula porque la naturaleza del acto que se demanda no es la que fija la competencia en un proceso cuyo objeto recaiga sobre un asunto relacionado con la seguridad social, sino por la calidad que ostente el trabajador que pretende el reconocimiento de algún derecho o prestación relacionado, como en el Auto 710/21 donde reiteró que:

(i) la jurisdicción ordinaria laboral es competente para conocer de las controversias relacionadas con la seguridad social de trabajadores oficiales, independientes o del sector privado, sin perjuicio de si la entidad administradora es de derecho público o privado; y (ii) la jurisdicción contencioso-administrativa asumirá los procesos relativos a la seguridad

social de los empleados públicos, cuando su régimen es administrado por una persona del derecho público.

Ante ello se tiene que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en virtud del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 conoce entre otros, de los siguientes procesos:

(...) 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público”.

Descendiendo al caso en concreto, de acuerdo a la fecha de presentación de la demanda -23 de enero de 2023-, tales normas se encontraban vigentes, las cuales deberán aplicarse, en armonía con las reglas de jurisdicción y competencia del artículo 16 del CGP que se transcribe a continuación:

**ARTÍCULO 16. PRORROGABILIDAD E IMPRORROGABILIDAD DE LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA.** La jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables. Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente. Lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia será nulo.

Por su parte el artículo 138 ibidem, ordena que cuando la falta de jurisdicción o de competencia se declare por los factores subjetivo o funcional, que son improrrogables, si en el proceso se ha dictado sentencia, ésta se invalidará, para remitirla al juez competente, de acuerdo al postulado que se cita:

Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, o actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, ésta se invalidará.

La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas...”.

El juez de instancia, estudió el derecho del demandante a la prestación de vejez, con base en las pruebas obrantes como el CETIL, emanado del municipio de San Andrés Islas con base en la cual concluyó que sí es beneficiario del régimen de transición pensional para los empleados públicos, porque cumple con los requisitos mínimos de edad -40 años- y semanas cotizadas -750 semanas- para el 30 de junio de 1995, que se encuentra consagrados en la Ley 33 de 1985, porque es empleado público; y como desde el 24 de diciembre 2010 cumplió los 55 años, y está desafiado del sistema con posterioridad al 31 de enero de 2022, cuando no realizó más aportes, reconoce el derecho prestacional desde el día 31 de enero de 2022.

De dicha probanza emerge claramente la calidad de empleado público del señor Eugenio Washington Livingston Williams, y del mismo CETIL, así como del Bono Pensional, se evidencia que el cargo desempeñado fue de –jefe de Oficina–.

De la normatividad y argumentos expuestos se deduce que no es la jurisdicción ordinaria laboral la competente para decidir de fondo la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de vejez al demandante, sino la contencioso-administrativa por tratarse de un conflicto jurídico relativo a la seguridad social, cuyo actor ostenta la calidad de empleado público, y persigue el reconocimiento de una prestación de la seguridad social a cargo de una entidad de derecho público, como lo es Colpensiones. Lo anterior, da lugar a que la Sala invalide el numeral sexto de la sentencia apelada que ordenó el reconocimiento de la pensión vejez al demandante en consonancia con el artículo 138 del CGP, como quiera que se declarará la falta de jurisdicción y competencia funcional en este punto.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación se modificará, adicionará, revocará y confirmará.

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y en favor del demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos para Porvenir S.A. y en favor del demandante. Con respecto a Colpensiones no hay lugar a la imposición de condena en costas, por la prosperidad parcial del recurso.

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

#### **IV. RESUELVE**

**PRIMERO: Confirmar** el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín el 28 de abril de 2023, en cuanto a la declaratoria que la AFP Porvenir SA no probó la diligencia debida del buen consejo,

y de haberle dado al demandante información clara, veraz y oportuna al momento de su traslado del RPM al RAIS y a lo largo de toda su afiliación; y el décimo primero que impuso condena en costas en primera instancia.

**SEGUNDO: Revocar** los numerales **SEGUNDO** a **QUINTO** y **SÉPTIMO** a **DÉCIMO** de la sentencia, y en su lugar se dispone lo siguiente:

**TERCERO:** Declarar la ineficacia del traslado del señor Eugenio Washington Livingston Williams al RAIS efectuado por Porvenir S.A., y en consecuencia se **ordena** a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante con los rendimientos financieros, así como también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, el fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos debidamente indexados, los cuales se causaron durante el tiempo en el que el actor estuvo afiliado a esa AFP; así como que se entregue la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, según las consideraciones de esta sentencia.

**CUARTO:** Se ordena a Colpensiones a recibir las sumas de dinero trasladadas y reflejar la información suministrada por la AFP Porvenir S.A. en la historia laboral del accionante.

**QUINTO:** Las obligaciones a cargo de Porvenir S.A. deberán cumplirse dentro de los **30** días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, según las consideraciones de esta sentencia.

**SEXTO:** INVALIDAR el numeral sexto de la sentencia apelada, que ordenó el reconocimiento de la pensión vejez al demandante, y en su lugar se DECLARA la falta de jurisdicción y competencia funcional, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SÉPTIMO:** Las excepciones propuestas por las demandadas quedan implícitamente resueltas de forma negativa.

**OCTAVO:** Las costas de segunda instancia se imponen a Porvenir S.A. y en favor del demandante, las agencias en derecho se fijan a cargo de Porvenir S.A. y para

el demandante en la suma de \$1.160.000. Con respecto a Colpensiones no hay lugar a la imposición de condena en costas, por la prosperidad parcial del recurso.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**.

Las Magistradas,

  
CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

  
LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL

  
MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ