

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**  
**Medellín, siete (07) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)**

|                   |  |
|-------------------|--|
| DEMANDANTE        | : BLANCA CECILIA GAVIRIA TORO                |
| DEMANDADO         | : COLPENSIONES, PROTECCION S.A, PORVENIR S.A |
| TIPO DE PROCESO   | : ORDINARIO                                  |
| RADICADO NACIONAL | : 05-001-31-05-009-2022-00151-01             |
| RADICADO INTERNO  | : 087-24                                     |
| DECISIÓN          | : MODIFICA, Y CONFIRMA SENTENCIA             |
| ACTA NÚMERO       | : 097  |

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el recurso de apelación y el grado de consulta a favor de Colpensiones, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada a Porvenir S.A en razón a la violación del derecho a la libre escogencia por falta de información y como consecuencia se DECLARE que permanece afiliada sin solución de continuidad en el régimen de prima media administrado por Colpensiones y que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme lo consagrado en el artículo 33 de la ley 100 de 1993; como consecuencia de lo anterior solicita se CONDENE a Protección S.A a trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual de la afiliada junto con los rendimientos, las cuotas de administración y el bono pensional a Colpensiones y se ORDENE a esta última a recibir los aportes que sean trasladados e incorporarlos en la historia laboral de la demandante, y se CONDENE además a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez de forma retroactiva con los intereses moratorios, la indexación y las costas del proceso.

Como supuestos facticos manifestó que nació el 22 de septiembre de 1963 por lo que cumplió 57 años de edad del 22 de septiembre de 2020, inició su afiliación en el régimen de prima media al Instituto de Seguros Sociales desde el 25 de agosto de 1983 y con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 fue abordada el 18 de julio de 1996 por un asesor de Horizontes pensiones y cesantías que aprovechando la confusión generada por la entrada en juego del régimen de ahorro individual indujo en error a la demandante haciendo que esta suscribiera formulario de afiliación; precisa que la afiliación al régimen de ahorro individual se llevó a cabo sin brindar un análisis de su situación pensional, sin explicar la modalidades pensionales ni la forma de obtenerlas, sin presentarle un comparativo de régimen pensional y sin exponerle la oportunidad de ejercer el derecho de retrato, sin darle a conocer las desventajas del fondo privado, y a pesar de ello le realizaron la afiliación a dicha administradora privada.

Menciona que solo se le explicó las supuestas ventajas del régimen de ahorro individual indicándole que su pensión sería más alta que la que podría obtener el régimen de prima media, el 27 de febrero del 2022 fue abordada nuevamente por un asesor comercial de Santander quien manteniéndola en el error le dijo que era más beneficioso quedarse en el RAIS por lo que se trasladó a dicha AFP, el 29 de agosto del 2007 se trasladó a Protección S.A en las mismas condiciones sin habersele realizado un análisis de su situación pensional y sin habersele advertido las consecuencias negativas del traslado.

Indicó que en toda su vida laboral cotizaciones en equivalencia a 1.694 semanas por medio del sector privado, y que el 01 de julio del 2020 elevó derecho de petición a Protección S.A solicitado que se llevara a cabo una proyección pensional en ambos regímenes, solicitud que fue resuelta mediante comunicado del 12 de noviembre del 2020 donde se le indicó que la pensión en Colpensiones sería de un \$1.080.784 y en Protección sería de un salario mínimo.

Por último, agrega que fue solicitada la ineficacia de la afiliación ante Colpensiones al igual que la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda por lo que se encuentra agotada la reclamación administrativa.

### **RESPUESTA COLPENSIONES**

Esta entidad dio respuesta manifestando que es cierto que la demandante nació el 22 de septiembre de 1963 por lo que cumplió 57 años de edad del 22

de septiembre de 2020, inició su afiliación en el régimen de prima media al Instituto de Seguros Sociales desde el 25 de agosto de 1983, y acepta además la reclamación presentada ante dicha entidad, frente a los demás hechos indicó que no le constan, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de improcedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen, realizado por la demandante, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe de Colpensiones, imposibilidad de condena en costas, innominada o genérica.

### **RESPUESTA PORVENIR S.A**

Esta entidad al dar respuesta a la demanda no aceptó ninguno de los hechos, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y propuso como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

### **RESPUESTA PROTECCION**

Esta entidad dio respuesta manifestando que es cierto que la demandante nació el 22 de septiembre de 1963 por lo que cumplió 57 años de edad del 22 de septiembre de 2020, acepta que cotizó en el régimen privado 1.694 semanas, y que el 01 de julio de 2020 se elevó derecho de petición a dicha entidad así como la respuesta que dio al mismo, no aceptó los demás hechos, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, Buena fe, prescripción, inexistencia de afiliación previa al régimen de prima media, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

En sentencia del 15 de marzo de 2024, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ ineficaz el cambio de sistema pensional del RPM al RAIS que realizó la señora BLANCA CECILIA GAVIRIA TORO y en

consecuencia DECLARÓ que ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES.

CONDENÓ a la AFP PORVENIR S.A. y la AFP PROTECCIÓN S.A a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de BLANCA CECILIA GAVIRIA TORO con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses, y bonos pensionales si se hubieren redimido se ordena la anulación de los mismos y el traslado de los recursos a la cartera ministerial. Así mismo, y con cargo a sus propios recursos, indicó que deberán trasladar indexados, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, en caso que aún no lo hayan hecho, y que, al momento de cumplirse estas órdenes, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir de la AFP PORVENIR S.A. y de la AFP PROTECCIÓN S.A., los valores aludidos, e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por la señora BLANCA CECILIA GAVIRIA TORO en el RPM, imputándolos a los períodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron pagados.

DECLARÓ que a la señora BLANCA CECILIA GAVIRIA TORO, le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES a partir del 23 de septiembre de 2020, y en consecuencia CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar a la señora GAVIRIA TORO la suma de \$55.509.086, por concepto de retroactivo pensional causado y liquidado entre el 23 de septiembre del 2020 y marzo de 2024. A partir del 1° de abril de 2024 COLPENSIONES deberá continuar reconociendo una mesada pensional a favor de la demandante por un valor de \$1.438.799 y por trece mesadas anuales, sin perjuicio de los incrementos anuales de ley, junto con la indexación al momento de la fecha de pago efectivo.

AUTORIZÓ a COLPENSIONES a descontar del retroactivo reconocido los valores correspondientes al subsistema de salud.

ABSOLVIÓ a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y a PROTECCION S.A. de las demás pretensiones formuladas en su contra.

CONDENÓ en costas a la AFP PORVENIR S.A. y la AFP PROTECCIÓN S.A., fijándose agencias en derecho en el equivalente a 2 SMLMV, a cargo de cada una de las Administradoras de manera proporcional. Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

### RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión **el apoderado de Porvenir S.A** presenta recurso de apelación manifestando que no evidencia razones fácticas y jurídicas para que se declare la ineficacia atendiendo a la manifestaciones dadas por la demandante en el interrogatorio de parte donde declara que fue una decisión voluntaria de trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A y que por lo tanto no hay lugar a que se aplique de manera extensiva las regulaciones contenidas en los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993 por cuanto no se coartó la libertad de libre escogencia de régimen de la demandante en el año 1994; sumado a ello que además la demandante indica que al momento del traslado no estuvo presente ningún asesor del fondo sino que fue el empleador quien le puso de presente las condiciones para que se surtiera el traslado, y que por lo tanto, no puede entenderse que la entidad haya coartado la libre escogencia de régimen.

Que además tampoco puede existir un reproche del fondo privado de que haya hecho incurrir en error a la demandante o viciar el consentimiento para que se trasladara de régimen, sino que fue el empleador el que dio la información y sumado a ello el empleador no fue vinculado al proceso toda vez que dicha situación no se pudo advertir desde la contestación de la demanda en el entendido de que en la demanda se indicó que fueron los asesores del fondo privado quienes realizaron dichas acciones.

Que se debe tener en cuenta según lo indicado en la demanda que lo único motivo para el traslado es la expectativa de la mesada pensional que tiene la demandante y ello no es una razón suficiente para declarar la ineficacia, precisando además que el deber de buen consejo y doble asesoría apenas inició en el año 2019 y por lo tanto no puede aplicarse a manera retroactiva la ley.

Que además ambos regímenes de pensionales son diferentes y se establecen formas de liquidación diferentes para la pensión, y ello no pueden entenderse como una falta del deber de información y mucho menos que por ello se tenga que declarar la ineficacia debiendo tenerse en cuenta además que la

demandante faltó a su deber de diligencia y cuidado de sus propios negocios, y por lo tanto no puede beneficiarse de su propia culpa y ahora querer estar en el régimen de prima media únicamente por una prestación económica estando en la prohibición legal de traslado por faltarle menos de 10 años para pensionarse.

De esta manera solicita sea revocada en su totalidad la sentencia, sin embargo, si se confirma la misma solicita sean revocadas las condenas impuestas relacionadas con el traslado de los aportes y rendimientos en el entendido de que según lo probado en el expediente Porvenir ya trasladó dichos rubros hacia la AFP Protección en su momento en el año 2002 cuando se trasladó de manera horizontal hacia ese fondo, y además solicita sea revocada la condena de trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima pues indica que son descuentos autorizados por ley y tienen una destinación específica los cuales utilizan para generar rendimientos y para asegurar las contingencias de invalidez y sobrevivientes.

Frente a los descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima indica que estos van para un fondo especial que se administra en el régimen de ahorro individual para prestar ese beneficio a los afiliados, y que por lo tanto, como en el presente caso se habla de una declaratoria de ineficacia y de la afiliación sin solución de continuidad no hay lugar a que dichos saldos se trasladen sino que el fondo debe trasladar los saldos que ya se trasladaron a dicho fondo a Colpensiones, y por lo tanto, no puede ser con cargo a los recursos de la entidad.

Así mismo solicita sea revocada la orden de trasladar los conceptos mencionados de forma indexada pues indica que la pérdida del poder adquisitivo se ve resarcida con el traslado de los rendimientos, y que en caso de ordenar trasladar dichas sumas se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Por último, solicita sea revocada la condena en costas toda vez que la entidad ha actuado de buena fe y en cumplimiento de las disposiciones normativas aplicables para la fecha del traslado.

La apoderada de Colpensiones presenta recurso de apelación indicando que se debe tener en cuenta que la demandante ya contaba con los requisitos para ser pensionada por el régimen de ahorro individual y que por lo tanto Colpensiones no puede ser afectada por el traslado en el que no tuvo ninguna

injerencia, y que eran las demás partes las encargadas de probar el deber de información y validez de la afiliación; indica que no es procedente el reconocimiento vía judicial de la pensión como consecuencia de la declaratoria de la nulidad o ineficacia como lo ha sostenido el tribunal superior de Bogotá al indicar que la pensión se debe reconocer una vez se haga efectiva la nulidad del traslado y el traslado de los aportes, y que según ello cuando Colpensiones reciba el traslado de los aportes podrá estudiar la norma que se le aplique para conceder el derecho.

Que también se debe tener en cuenta que cuando se solicitó el traslado a Colpensiones ya se encontraba dentro de la prohibición legal para regresar al régimen de prima media por faltarle menos de 10 años para pensionarse; solicita además se tenga en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pues indica que el traslado sí afecta el sistema financiero toda vez que la distribución es distinta dependiendo de las características del mismo.

Por lo anterior solicita se revoque la sentencia y se absuelva a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**El apoderado de Porvenir** presenta alegatos de conclusión y señala con respecto a la ineficacia del traslado que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley.

Que la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que es palmario que lo que motiva a la demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran

conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

Que, al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte la información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Que es claro que la parte demandante solicita desde la pretensión de la demanda la figura de la ineficacia, con ocasión, a una supuesta ausencia en la entrega de la información consistente en las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, sin embargo, se recuerda que las mismas se encuentran en la ley 100 de 1993 y su desconocimiento no sirve como excusa para inaplicar las mismas.

Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva y que en caso de confirmarse la sentencia solicita que no se condene al traslado de los dineros descontados por cuotas de administración, pago de seguros y reaseguros y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima por las razones ya expuestas.

Que además toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y que por lo tanto se debe hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la



afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Así mismo indica que no debe ser condena en costas por cuanto la entidad siempre actuó de buena fe.

### **PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO**

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en consulta a favor de Colpensiones y conforme al recurso de apelación interpuesto: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar, los dineros de la cuenta de ahorro individual, las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y si las mismas deben trasladarse de forma indexada, si debe reconocerse la pensión de vejez, y si es procedente condenar en costas a Porvenir S.A.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante nació el 22 de septiembre de 1963, (fls 23 del PDF 02), se afilió al ISS desde el 26 de agosto de 1983, (fls 42 PDF 12), y se trasladó a Horizontes hoy Porvenir de forma efectiva desde el 01 de septiembre de 1996, y a Protección S.A desde el 01 de octubre de 2007, (fls 44 PDF 12).

Descendiendo al caso particular, se tiene que la entidad accionada sólo solicitó el interrogatorio de parte, el cual se decretó y practicó en debida forma, sin esta fuera una prueba eficaz pues en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, pues esta indicó que traslado a Horizonte hoy Porvenir cuando estaba trabajando y por orden de gerencia les avisaron a todos los empleados que deberían de pasarse y por ello se pasó, que no recibió una asesoría personalizada por un asesor de Porvenir, y que en el año 2002 se trasladó a Protección en las mismas circunstancias porque le dijeron que se pasara porque era lo mejor, y precisó que si hubo algún encuentro con los asesores fue solo para llenar documentos y firmar pero no para darle asesoría.

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

#### **1. De la ineficacia del traslado**

Se tiene que el derecho a la seguridad social es irrenunciable conforme el artículo 48 y 53 de la CP, por ello cualquier pretensión de cambio en las condiciones de este derecho pensional debe ser tomado de manera autónoma y consiente con una comprensión volitiva tal que no quede duda que la información entregada por la entidad para que, con la libertad e información, la persona pueda decidir si se cambia de régimen o no.

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria** por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”,* y si nos remitimos al art 271 de la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que *“Cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado...”* no solo a la multa sino que dice en forma expresa *“... La afiliación respectiva **quedará sin efecto** y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*, o sea que se refiere a una ineficacia.

Desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

**“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES.** Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados**- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora ...**”. (Resalto fuera del texto)

**“OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES.** Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.” (Resalto fuera del texto)

Este deber profesional que existe desde 1994, ese de información que permita al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la prueba correspondería a la entidad demandada**, y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL 12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

*“...A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos pensionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;...”*.

Criterio este que ha sido reiterado entre otras en las sentencias CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, y CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022.

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aún operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición, criterio este reiterado en reciente sentencia con radicado SL 932 de 2023.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877 y 4811 de 2020, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información. (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314; CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083; CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022).

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada Horizontes hoy Porvenir S.A no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de trasladarse a dicha entidad **en el año 1996**, sin que le haya dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se genera que se haya violentado el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, **son imprescriptibles** y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad accionada, hoy aporte, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que, al momento de afiliarse al RAIS, **no le dieron una información completa y suficiente**, sin que sea relevante para el caso bajo estudio que el empleador le haya dicho a la demandante acerca de la necesidad del traslado pues ello antes es un argumento adicional para predicar la procedencia de la ineficacia por la falta del deber de información pues es claro que en ningún momento los asesores del RAIS le dieron información clara, suficiente y oportuna acerca de las consecuencias que traería el traslado de régimen.

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado; y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por la parte demandante, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

## **2. De los efectos de la ineficacia**

Esta Sala ha sido de la posición, que los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones en los eventos en que se declare la ineficacia del traslado corresponde a los siguientes:

**1º. Capital ahorrado:** Conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y con fundamento en las sentencias SL 31.989 de 2008, SL 4964, SL 4989 de 2018, SL 1421, SL 1688, SL 1689 y SL 4360 de 2019.

**2º. Rendimientos:** En igual sentido este concepto se traslada de conformidad con el art. 113 ídem que señala *“Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos ...”*, y tiene como sustento jurisprudencial las sentencias enunciadas en el numeral anterior.

**3º. Los gastos de administración,** encuentra su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: *“... 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.”*, traslado que tiene sustento en lo siguiente:

**En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados,** hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver “los

*aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales*"; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

Ahora, considera la Sala que las sumas objeto de traslado deben contener la indexación pues la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 1688 de 2019 ha sido clara en manifestar que además de los rendimientos deben devolverse también los gastos de administración debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, expresó la referida providencia

*“Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a **gastos de administración**, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.*

***En tal sentido, se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.”** (Resalto fuera del texto)*

Además de lo anterior es relevante recordar que tal orden de trasladar las sumas indexadas se justifica en la necesidad de que los recursos devueltos sean actualizados sin que pierdan su capacidad adquisitiva por cuanto tienen como objeto la financiación de una prestación pensional en el régimen de prima media (Sentencias SL3465-2022, SL2229-2022 y SL3188-2022), debido a que la indexación no implica el incremento del valor de los conceptos a devolver, toda vez que su propósito se dirige únicamente a evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción de los dineros con los que se financiará la pensión por el transcurso del tiempo. Tal reevaluación monetaria no va en contravía de la devolución los conceptos ordenados, por cuando, como ya se dijo, estos se sustentan en lo dispuesto en el artículo 1746

del Código Civil y la sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008.

**Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes**, deberán devolverse **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: *“... se adiciona el ordinal segundo en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, ... y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)”*

Así mismo debe precisarse que los anteriores conceptos deben de ser trasladados **con cargo a los propios recursos** de la AFP del RAIS sin necesidad de vincular a las aseguradoras, según lo ha consagrado en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020, precisándose en dichas providencias que estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Conceptos que **no prescriben** teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar. (SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL1949-2021, y CSJ SL 4063 de 2021).

**4º. Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el traslado de estos aportes se encuentra igualmente consagrado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 porque al tratarse de un aporte propio del Régimen de Ahorro Individual, no encuentra un equivalente en el Régimen de Prima Media, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al Régimen de Prima Media bajo los lineamientos del artículo **7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016**; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

Para concluir, en sentencia reciente SL 3051 del 7 de julio de 2021, se engloba la obligación que tienen las entidades del Régimen de Ahorro Individual de trasladar los conceptos referidos anteriormente, al señalar: *“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones 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 (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021). Criterio que igualmente aplica en relación con los montos destinados a seguros previsionales y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).”*

En contexto de lo anterior se tiene que el artículo 2.2.2.4.7 de decreto 1833 de 2016, (artículo 07 del decreto 3995 de 2008), refirió expresamente acerca del traslado de los recursos lo siguiente:

**“ARTÍCULO 2.2.2.4.7. Traslado de recursos. El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los previstos en este capítulo, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo 2.2.2.4.8. de este Decreto.**

Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

**Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.**

Tratándose del régimen de prima media con prestación definida (RPM), la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado, actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, hoy Colpensiones, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera de Colombia para los períodos respectivos”.

De lo anterior se puede deducir que las AFP al momento en que se realice el traslado de un afiliado deben trasladar igualmente a la AFP de destino, tanto las cotizaciones que hubiese realizado el afiliado, así como las deducciones realizadas para el fondo de garantía de pensión mínima, razón por la cual



deberá MODIFICARSE la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que la obligada a trasladar a Colpensiones los descuentos realizados para el fondo de garantía de pensión mínima, es la AFP PROTECCION, que es en la que actualmente se encuentra afiliado la demandante y por ser esta quien tuvo que recibir de parte de Porvenir S.A los descuentos que en su momento se le realizaron al afiliado para el fondo de garantía de pensión mínima.

Y no sobra manifestar, que esta Corporación considera que el principio de sostenibilidad financiera no se violenta con la declaración de la ineficacia del traslado, porque si los efectos del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban y entre ellos, se integra la devolución en forma plena y retroactiva, con esta decisión se está protegiendo la sostenibilidad de Régimen de Prima Medía. Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 se pronunció al respecto, señalando:

*“Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”*

Por todo lo anterior, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia en cuanto a los conceptos que ordenó trasladar y la necesidad de que los mismos sean trasladados con la respectiva indexación y en ese sentido se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

Ahora, se tiene que en la sentencia de primera instancia se ordenó el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos tanto a Protección S.A como a Porvenir S.A, sin embargo, no debe dejarse de lado que como la demandante ya se había trasladado de Porvenir S.A a Protección S.A dicha entidad ya había trasladado los saldos de la cuenta con los rendimientos a Protección y por lo tanto es solamente esta ultima la que debe cumplir con esta obligación. En razón de lo anterior deberá modificarse la sentencia de primera instancia en el entendido de que es Protección S.A y no Porvenir S.A quien debe trasladar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos que se hubieren causado.

### **3. De la pensión de vejez.**

Para el caso bajo estudio no existe discusión y se encuentra acreditado que la demandante BLANCA CECILIA GAVIRIA TORO, le es aplicable para el reconocimiento de la pensión de vejez los requisitos establecidos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, esto es, cumplir una edad de 57 años y tener 1.300 semanas cotizadas.

El primer requisito de la edad fue cumplido el 22 de septiembre de 2020 al haber nacido el demandante el 22 de septiembre de 1963, (fls 23 del PDF 02), y el segundo requisito con respecto a las semanas cotizadas se encuentra acreditado toda vez que según historia laboral visible a folios 46 y ss del PDF 12 aportada por Protección S.A y actualizada al 07 de junio de 2022 se evidencia que cuenta con un total de **1.689** semanas cotizadas en toda su vida laboral, y que la última cotización fue realizada para el mes de noviembre de 2019. En virtud de lo anterior es claro que la demandante cumple a cabalidad los requisitos de la normativa en cita para tener derecho a la pensión de vejez pretendida.

Ahora, con respecto al disfrute de la pensión debe decirse que los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, son claros en el sentido de distinguir que, el reconocimiento de la pensión se debe dar por parte de la entidad de seguridad social en pensiones cuando se verifiquen los requisitos de edad mínima y semanas cotizadas. En cuanto al disfrute, esto es, el derecho que tiene el afiliado a comenzar a percibir la pensión, sólo se hace efectivo cuando el mismo se retire del sistema, notificado a través de la novedad de retiro, al tenor de lo indicado por el Acuerdo 044 de 1989 (Decreto 3063 de 1989) en su artículo 5, que trata de la desafiliación, del artículo 25 numeral 4, del artículo 64 y 65 acerca de las novedades y sus clases, en el numeral 3 reza “retiro del trabajador cuando cesa el vínculo laboral”, siendo esta la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo señalado en la sentencia 16.197 del 14 de noviembre de 2001 M.P. Dr. Luís Gonzalo Toro Correa.

Partiendo de lo descrito considera la Sala que la pensión de vejez deberá reconocer como se indicó en primera instancia a partir del 23 de septiembre de 2020, día siguiente al cumplimiento de los 57 años de edad, y fecha para la cual ya contaba con las 1.300 semanas cotizadas habiendo dejado de cotizar desde el mes de noviembre de 2019, por lo que se entiende como un retiro tácito del sistema.

La pensión debe ser reconocida en 13 mesadas al año al causarse el derecho después del 31 de julio de 2011 al tenor de lo dispuesto por el acto legislativo 01 de 2005.

Con respecto a la mesada pensional y la liquidación del IBL se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia en cuanto a que el IBL más beneficioso para la demandante es el de toda la vida que arroja la suma de \$1.437.457, al que aplicarle la formulara para obtener la tasa de reemplazo contenida en el artículo 34 de la ley 100 de 1993 se obtiene como tasa el 75.45%, por lo que tendría derecho a una mesada pensional en la suma de \$1.084.520 para el año 2020, la que actualizada para el año 2024 sería de \$1.438.799 tal y como se dijo en la sentencia de primera instancia.

Ahora, el argumento esgrimido por Colpensiones relacionado con que no puede reconocerse la pensión a través de la vía judicial sino cuando se le haga el traslado de los aportes sería dicha entidad la que debe estudiar y establecer cuál es la normativa aplicable no tiene vocación de prosperidad toda vez que dentro del expediente existen los elementos de juicio necesarios y válidos para emitir una condena en concreto donde se evidencia que efectivamente la demandante cumple con los requisitos para que se le reconozca la pensión de vejez por parte de Colpensiones.

Así mismo tampoco tiene vocación de prosperidad la solicitud de no condena en costas a Porvenir S.A toda vez que según lo establecido en el artículo 365 del C.G.P, debe condenarse en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión.

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A en la suma de \$650.000 por la forma en que se resuelven los recursos de apelación.

Por lo anteriormente mencionado lo legal y pertinente será, CONFIRMAR y MODIFICAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín.

### **DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, en el entendido de que es Protección S.A y no Porvenir S.A quien debe trasladar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos que se hubieren causado, así como lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A en la suma de \$650.000 por la forma en que se resuelven los recursos de apelación.

**CUARTO:** Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la providencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados.



**HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ**



**CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA**



**MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO**



**SECRETARÍA SALA LABORAL**  
**EDICTO VIRTUAL**

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

|                   |  |
|-------------------|--|
| DEMANDANTE        | : BLANCA CECILIA GAVIRIA TORO                |
| DEMANDADO         | : COLPENSIONES, PROTECCION S.A, PORVENIR S.A |
| TIPO DE PROCESO   | : ORDINARIO                                  |
| RADICADO NACIONAL | : 05-001-31-05-009-2021-00151-01             |
| RADICADO INTERNO  | : 087-24                                     |
| DECISIÓN          | : MODIFICA, Y CONFIRMA SENTENCIA             |

Magistrado Ponente  
**HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/162> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

**CONSTANCIA DE FIJACIÓN**

Fijado el 08 de mayo de 2024 a las 8:00am

**CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN**

Se desfija el 08 de mayo de 2024 a la 5:00pm

  
**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
SECRETARIO