

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE TRÁMITE Y FALLO

El seis (06) de mayo de dos mil veintiuno (2021), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, se constituyó en audiencia con el fin de resolver el recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **CRUZ ELENA TORRES GIRÓN** en contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) y **PENSIONES DE ANTIOQUIA**, tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-001-2017-000865-01.

AUTO

Se observa a folio 433, escrito mediante el cual, el abogado JUAN CARLOS MUÑOZ MONTILLA portador de la T.P. 122.902 del Consejo Superior de la Judicatura, invocando su calidad de representante legal de la firma de abogados MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S. presenta poder para actuar en este proceso y sustitución de este a favor de la abogada LUISA FERNANDA MIRA LUNA portadora de la T.P. 178.184 del Consejo Superior de la Judicatura

Revisado el expediente, se halla copia de la escritura pública No. 003374 del 2 de septiembre de 2019, a través de la cual COLPENSIONES. le confiere poder especial a la referida firma de abogados para actuar como apoderada judicial en procesos judiciales en su contra.

En atención a lo anterior, se le confiere personería como apoderada principal MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S y a la Dra. LUISA FERNANDA MIRA LUNA, como apoderada sustituta.

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

1. ANTECEDENTES

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por COLPENSIONES o por PENSIONES ANTIOQUIA según se defina, así como que se condene a las AFP demandadas al pago de los perjuicios causados con el traslado de régimen pensional.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, relata la demandante, que nació el 23 de febrero de 1960. Que durante su vida laboral estuvo afiliada inicialmente al RPM administrado por el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (en adelante ISS), hoy COLPENSIONES, y posteriormente en PENSIONES ANTIOQUIA para luego afiliarse a COLMENA AIG PENSIONES Y CESANTÍAS el 24 de mayo de 1999 y después a PORVENIR S.A.

Afirma que su afiliación al RAIS se hizo por considerar que era más beneficioso y que el asesor de las AFP demandadas no contaban con formación profesional ni capacitación para suministrarle información completa, veraz y suficiente. Afirmo que nunca se le expusieron los riesgos que existían al trasladarse de régimen, que la pensión podía ser menor, que depende de la modalidad que se escoja, en que consistía el bono pensional y su negociación, los riesgos financieros y la posibilidad de retracto.

Asegura que solicitó a las demandadas el traslado de régimen y le fue negado.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y ordenando a la demandante suscriba formulario de afiliación a PENSIONES ANTIOQUIA o COLPENSIONES, quienes deberán informarla sobre la forma de acceder a la pensión de vejez en el régimen que administran y una vez cumplida dicha carga radique en Porvenir constancia. A PORVENIR S.A. le ordenó trasladar los dineros de su cuenta de ahorro

individual incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, porcentajes que también deberá ser trasladados por PROTECCIÓN S.A.

Para fulminar la condena la a quo argumentó que tratándose del traslado de régimen pensional cuando se alega una deficiencia en la asesoría hay un traslado de la carga de la prueba, correspondiéndole a las AFP demostrar que cumplieron con su obligación.

Arguye que en este caso la demandante era beneficiaria del régimen de transición y para la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 se encontraba afiliada a PENSIONES ANTIOQUIA administradora del RPM y podía mantenerse afiliada a este fondo o al RAIS, lo cual hizo a COLMENA en mayo de 1999, sin embargo las demandas no probaron la información brindada a la demandante y la suscripción del formulario de afiliación no es prueba de que se haya dado la información necesaria que según el Decreto 663 de 1993 ordenó dar la información necesaria para lograr transparencia en las operaciones para acceder a las mejores opciones del mercado.

Señaló también que en el interrogatorio practicado a la demandante no se obtuvo confesión, pues, aunque admite que se le dio alguna información no se le explicaron otros aspectos fundamentales de los regímenes pensionales necesarias para la toma de una decisión que terminaría afectando su derecho pensional. Indicó también que las demandadas no cumplieron con la carga probatoria en relación con la asesoría brindada a la demandante de forma completa sobre las implicaciones de permanecer en el RAIS y menos aún sobre el régimen de transición, su existencia, lo que resulta una falta al deber de diligencia y cuidado que le incumbía a COLMENA, así como tampoco fue advertida por Porvenir sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para pensionarse, lo que denota una ineficacia de la afiliación.

Luego indicó que según el problema jurídico corresponde decidir a qué administradora corresponde afiliar a la demandante, es decir a COLPENSIONES o a PENSIONES ANTIOQUIA. Que, según el artículo 271 de la ley 797 de 2003 la afiliación respectiva quedara sin efecto debería hacerse nuevamente por el trabajador. Indicó que se solicita en la demandada que se ordene su regreso según se defina, pero la decisión corresponde a la trabajadora por lo que deberá radicar formulario de afiliación y le deberán explicar la forma de acceder a la pensión de vejez en este régimen, así como remitir la afiliación a Porvenir para el traslado de los

dineros de la cuenta de ahorro individual incluidos porcentajes descontados para garantía de pensión mínima a la administradora de su elección.

Se le ordenó a Protección el traslado de los dineros descontados para garantía de pensión mínima, en colmena o Santander, es decir las administradoras a las que estuvo afiliada en virtud de las funciones.

Consideró que de conformidad con el artículo 1746 CC que establece las consecuencias de una nulidad, las restituciones mutuas deben tener en cuenta la buena fe y que en este caso a la demandante se le generaron unos rendimientos y estar protegida para los riesgos de invalidez y muerte por lo tanto soportados en el art. 20 de la ley 100 de 1993 que permitió hacer un descuento del 3.5 por cuotas de administración, cuotas de reaseguro garantía de pensión mínima.

Luego absolvió de la indemnización de perjuicios pretendida por no haberse demostrado su causación.

Finalmente estableció que la acción de traslado de régimen es imprescriptible por estar ligado a un hecho que nunca surgió a la vida jurídica y condenó en costas procesales a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. por haber resultado vencidas en el juicio.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

APELACIÓN DE LA DEMANDANTE.

La apoderada de la actora manifiesta que apela el numeral quinto de la sentencia, en cuanto que no se declara la solución de continuidad como se propuso en las pretensiones de la demandan, lo anterior en consideración es que la afiliación que se ha cuestionado en la demandada lo es al régimen de prima media sin importar quien lo estaba administrando en ese momento por lo tanto, en virtud del principio de congruencia entonces esa declaración de no solución de continuidad debe permanecer en relación al régimen sin importar quien lo estuviera administrando.

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A. manifiesta que apela la sentencia en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante pues pese a que existe una

línea jurisprudencia debe estudiarse cada caso en concreto debe tenerse en cuenta que Porvenir no hizo la afiliación de la demandante o vicio el consentimiento de la demandante sino que la recibió de la AFP Santander en su momento COLMENA, por lo que Porvenir no podía decretar una ineficacia de la afiliación que se hizo de manera libre y voluntaria y en ese sentido tampoco debe prosperar el traslado de los dineros de cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES o a PENSIONES ANTIOQUIA dependiendo de su escogencia y en ese sentido solicita que en caso de conformar la sentencia se mantenga la absolución de los perjuicios.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar, los apoderados de las partes presentaron oportunamente alegaciones en los siguientes términos:

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES argumenta resumidamente en los alegatos que solicita se ordene la devolución de la totalidad de los aportes al RPM para el financiamiento de una futura pensión a favor de la demandante. Lo anterior, debido a la responsabilidad profesional y directa que recae en las AFP, por lo que, estas deben garantizar el reintegro de la totalidad de la cotización, esto es: Recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros Previsionales, mermas en la cuenta individual e inclusive las cuotas de administración, conceptos los cuales además, deben ser indexados, tal y como lo ha manifestado la Corte en la sentencia SL 1688 del 08/05/2019 M. PONENTE: CLARACECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Que igualmente, solicita se ordene que el monto trasladado por la AFP no puede ser inferior a lo que la demandante hubiera cotizado en el RPM de no haberse traslado, y en el caso de que haya alguna diferencia, este valor debe ser asumido por la AFP, de acuerdo a la proporción del tiempo en que estuvo afiliada.

ALEGATOS DE PROTECCIÓN S.A.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. argumenta resumidamente en los alegatos que solicita se confirme la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que la orden impuesta a su cargo, respecto al traslado de los aportes destinados al Fondo

de Garantía de Pensión Mínima, se encuentra condicionada a que mi representada no los haya trasladado al momento en que la señora demandante se trasladó entre administradoras del RAIS hacia la AFP Porvenir S.A., ello teniendo en cuenta que conforme a las normas citadas por la Señora A Quo, ésta podría ser la única condena impuesta a cargo de mi representada, tesis que comparte íntegramente.

ALEGATOS PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A. argumenta resumidamente en los alegatos que solicita se revoque la sentencia de primera instancia, para lo cual se permite hacer referencia a las precisiones efectuadas recientemente por la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto con radicado No. 2019152169-003-000, del día 17 de enero de 2020, en el que emitió su pronunciamiento frente a los interrogantes planteados por Asofondos sobre la declaratoria de ineficacia o nulidad de traslado y sus consecuencias

Señaló, entre otras, las siguientes:

1. El Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993 integra dos regímenes pensionales excluyentes entre sí pero que coexisten, estableciendo, entre otras características, la posibilidad de trasladarse libremente entre estos atendiendo unos términos mínimos de permanencia y edad, así como la de sumar las cotizaciones hechas en ambos para efectos de reunir las condiciones que dan derecho a las prestaciones que este Sistema otorga a los afiliados.
2. Frente a las prestaciones que se reconocen en uno y otro régimen, el legislador dispone reglas que no permiten que su resultado sea comparable, pues en el RPM los afiliados obtienen prestaciones cuyas condiciones y montos están definidos en la ley mientras que en el RAIS las prestaciones y pensiones que se reconocen dependen directamente de los valores ahorrados en la cuenta individual de los afiliados.
3. El acto jurídico del traslado goza de validez jurídica en cuanto a que cumplió en su totalidad con los presupuestos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil.
4. El consentimiento informado corresponde a un asunto probatorio; pero, en todo caso, sugiere, en línea con lo expuesto por la Corte Constitucional, unos parámetros que deben ser revisados por los operadores judiciales al momento de tomar sus decisiones, apoyándose en criterios técnicos en los que se determine que no se generará una afectación al Sistema General de Pensiones, atendiendo para ello los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Por otra parte, al momento de realizar la señora Torres Girón su traslado hacia mi representada, se cumplieron con los requisitos legales exigidos para la fecha en cuanto al deber de información, pues la asesoría brindada por Porvenir S.A se efectuó de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de la afiliación, es por esto que se reiteran los argumentos expuestos tanto en los fundamentos de defensa, como en la sustentación del recurso de apelación en sede del a quo insistiendo en la solicitud de revocar la decisión adoptada por el a quo, pues como ya se indicó, la demandante sí contaba con el consentimiento informado en los términos que se exigían en dicho momento para el traslado entre regímenes por las disposiciones legales vigentes, más cuando la misma efectuó actos de traslado entre administradoras del RAIS.

Aunado a lo anterior y frente a los criterios técnicos a los que se refiere la Superintendencia Financiera de Colombia es importante aclarar que las disposiciones legales que regulaban los parámetros para los cálculos actuariales diferían de los hoy existentes ya que, como es obvio, los sistemas se tienen que ir ajustando a las realidades y por ende, se expidieron una serie de resoluciones que modificaron las expectativas de vida y la introducción de parámetros adicionales que sin lugar a dudas permiten que sean los mismos afiliados que financien su pensión, garantizando así una sostenibilidad financiera del sistema y no tener la necesidad de acudir a subsidios del Gobierno que finalmente terminarán siendo cargas impositivas para los colombianos con el fin de cubrir las obligaciones pensionales en el RPM que ya actualmente, se encuentran desfinanciadas.

Ahora bien, en el caso de que la delegatura determine que la sentencia emitida el 13 de junio de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín debe ser confirmada, le solicito muy respetuosamente al Honorable Tribunal, atender lo indicado por la Superintendencia Financiera de Colombia en el concepto referido anteriormente, frente a sus consideraciones sobre la distribución de la cotización determinado por el artículo 20 de la Ley 100 de 19931 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003.

Concluyendo que no resulta viable el traslado de sumas diferentes a los aportes y sus rendimientos tales como comisión de administración, aquellas asociadas con las primas previsionales y de reaseguro pues considera que, frente a la comisión de administración, esta se justifica en la medida en que, al ser los fondos de pensiones obligatorias patrimonios autónomos integrados por las cuentas de ahorro individual

de los afiliados que son independientes al patrimonio de la administradora, esta ha desplegado una serie de actividades para su conservación, entre otras: (i) la elección adecuada de los instrumentos financieros en que se invierten los recursos con el fin de obtener rendimientos en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establece el Gobierno Nacional y que hoy se encuentra recogido en el Decreto 2555 de 2010; (ii) la valoración diaria de la unidad que compone dichos patrimonios autónomos, en cumplimiento de lo establecido en el Capítulo I de la Circular Externa 100 de 1995 expedida por esta Superintendencia. (iii) Y, en caso de no generarse la rentabilidad mínima exigida en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, proceder a responder con su propio patrimonio y con la reserva de estabilización que corresponde al 1% del valor del fondo administrado, que debe estar invertida en las mismas condiciones que el correspondiente fondo, evitando así, perjuicios para los afiliados.

Así mismo, indica que los recursos destinados para el pago de primas previsionales para la asunción de los riesgos de invalidez y sobrevivencia son sumas de dinero que cumplieron con su finalidad y, por lo tanto, no fueron administrados por la Administradora, sino que, por el contrario, fueron entregados mes a mes a las aseguradoras en cumplimiento de unas obligaciones contractuales, con el fin de asegurar la cobertura contra los riesgos anteriormente descritos.

Todo lo anterior para solicitar al Honorable Tribunal Superior de Medellín lo siguiente: (i) acoger los argumentos de hecho y de derecho que se exponen a lo largo del presente documento para revocar la decisión tomada por la Jueza de primera instancia en cuanto a la declaratoria de la ineficacia del traslado de la señora Torres Girón al RAIS en el año 2003,

(ii) considerar igualmente los fundamentos expuestos cuando se sustentó el recurso de apelación en sede de la a quo, (iii) en caso de ser coincidente con sus consideraciones, acoger los argumentos indicados por la Superintendencia Financiera de Colombia y por lo tanto, mantener la decisión adoptada por la Jueza de primera instancia, de no condenar a mi representada de trasladar los porcentajes descontados para cuotas de administración y primas de reaseguro, pues como ya se indicó, los mismos fueron destinados a mantener una cobertura integral de la señora Torres Girón, frente a los riesgos de invalidez y muerte, y a cubrir los gastos de administración que se generaron por la gestión de su ahorro pensional que le permitió contar con los rendimientos que incrementaron el capital de su cuenta,

durante todo el tiempo que el mismo permaneció afiliada en la Administradora. (iv) y, finalmente mantenga absuelta a mi representada por concepto de perjuicios, toda vez que no se lograron probar en sede de primera instancia, por tanto, no existieron, ni se causaron.

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

El apoderado de la demandante argumenta resumidamente en los alegatos que solicita se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que se sustentó en los parámetros que ha venido estableciendo la Honorable Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial desarrollada desde el año 2008 hasta la fecha, tales como las proferidas en sentencias SL1452-2019; SL1688-2019; SL 1689-2019; STL3202-2020, que han reiterado y compilado las reglas de derecho que se han definido claramente, respecto del tema objeto de estudio y que han establecido que en estos casos, no importa cosa diferente al cumplimiento o no del deber de información, que existe desde que nació la Ley 100 de 1993, y que no se probó por parte del fondo privado.

Que se colige del interrogatorio de parte absuelto por la demandante que los promotores u “asesores” de los diferentes fondos privados nunca le advirtieron de los *Riesgos* de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por los distintos fondos donde estuvo afiliada; ya que solo le hablaron sobre los *beneficios* , NUNCA se hicieron advertencias y está claramente manifiesta que nunca pudo conocer la verdadera incidencia de su traslado.

Que no hay prescripción. El tema de ineficacia es imprescriptible. Desde el nacimiento el acto carece de efectos jurídicos y la sentencia comprueba o constata ese hecho. Además, la declaratoria de ineficacia va atada al derecho a la pensión misma que es imprescriptible.

Que, la parte demandada no cumplió con su deber de información, lo cual incidió directamente en el derecho pensional fundamental de mi representado, en el aseguramiento del mínimo vital y una vida digna, y lo impulsó a iniciar el presente proceso, con todo el desgaste que ello conlleva. En este orden de ideas, se dan todos los elementos que tiene la Corte Suprema de justicia hasta hoy unificada, para que las pretensiones que aquí se han formulado sean acogidas y en consecuencia

sea confirmada la decisión de primera instancia en lo que respecta a la declaración de ineficacia de traslado y las consecuencias de dicha declaratoria.

5. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER.

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

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

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de las partes, se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES pues ante la imprecisión en cuanto a qué administradora del RPM quedará afiliada la demandante la sentencia puede resultar adversa a los intereses de COLPENSIONES, por lo que la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

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

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad**

del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

En el presente caso, está probado, que la accionante estando afiliada al régimen pensional de prima media en PENSIONES DE ANTIOQUIA como consta en el certificado de información laboral de folios 40, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN

S.A., el 1º de junio de 1999, como se aprecia en la copia de la solicitud de vinculación a ese fondo suscrita por la demandante, vista a folios 36.

De otra parte, advierte la Sala, que la demandante para la fecha de entrada en vigencia del régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993 en el sector público territorial, esto es, para el 30 de junio de 1995, pues era empleada publica del sector territorial, contaba con 35 años de edad, por cuanto nació el 25 de febrero de 1960, como se prueba con la copia de su cédula de ciudadanía que milita a folio 35 del expediente, por lo que, cuando estaba afiliada al RPM, era beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en virtud de lo cual podía acceder a la pensión de vejez bajo las reglas pensionales del los regímenes anteriores aplicables en su caso, en PENSIONES DE ANTIOQUIA entidad a la que se encontraba afiliada al momento del traslado, en este caso la Ley 33 de 1985 con la que obtenía la pensión con 55 años de edad y 20 años de servicios, o con la ley 71 de 1988.

Mientras que, trasladándose al RAIS, la demandante, alcanzaría la pensión en la fecha de redención normal del bono pensional y en un monto incierto, situación respecto de la cual no obra prueba en el plenario, que haya sido analizada e informada detalladamente al demandante al momento de la asesoría por parte del promotor de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. Además, debe tenerse presente que incluso en el RAIS, para acceder a la garantía de pensión mínima en caso de no tener el capital suficiente para financiar una pensión, se requiere un mínimo de 1.150 semanas cotizadas, en cambio en el RPM por virtud de transición la podía adquirir con 20 años de servicios equivalente 1.028 semanas.

Conforme a lo anterior, es evidente que, si a la demandante se le hubiera efectuado francamente la explicación antes relatada, no hubiera tomado la decisión de trasladarse de régimen pensional, pues las reglas de la experiencia y la lógica nos enseñan que nadie va a arriesgar un derecho del que tiene una expectativa cierta y fácil de alcanzar, para aventurarse en obtener el mismo derecho en condiciones manifiestamente desventajosas y más difícil de conseguir.

Así mismo, sobre el punto de la debida asesoría, escuchado el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 01:28.15 en el disco compacto que milita a folio 404, no se advierte que haya confesado que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., le haya brindado la

información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su traslado al RAIS, sobre todo en un punto neurálgico como era **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de que dependería su monto**, lo que genera que la elección de trasladarse al RAIS adolezca de las características de libre y voluntaria que exige el artículo 13 de la ley 100 de 1993 para que el acto jurídico de traslado nazca a la vida jurídica, pues no se cumple con la condición especial exigida por la norma en los casos de afiliación a un régimen pensional de que sea libre y voluntaria, entendiendo como un componente esencial para que así sea que se brinde la información completa y suficiente sobre cada uno de los aspectos neurálgicos de los regímenes y sobre la situación pensional particular del afiliado.

Ahora, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual como ya se ha dicho en esta sentencia, no se probó siendo carga de la parte demandada, como ya lo ha establecido la jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia.

Conforme lo explicado en precedencia, concluye la Sala que la AFP demandada, no le brindó o por lo menos no probó en este proceso siendo su carga, haberle brindado a la demandante la debida asesoría para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, sobre todo se repite en un punto determinante, referido a **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué factores dependería su monto**.

Sin que sea valedero el argumento expuesto por la apoderada de PORVENIR S.A. en el recurso de apelación referido a que esta sociedad no podía decretar la ineficacia pues no hizo la afiliación de la demandante al RAIS, pues en este caso la ineficacia de la afiliación de la demandante se produce desde el mismo momento en que se suscribe formulario de vinculación a la AFP COLMENA S.A. resultando un acto que no produjo nunca efectos, por lo que la actuación posterior de PORVENIR S.A. no tiene ninguna injerencia en la decisión aquí tomada, lo que conlleva a que se deba CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante.

DE LOS EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Respecto del regreso de la demandante al RPM, contrario a lo aducido por la *a quo*, teniendo en cuenta que la afiliación al RAIS NO produjo efectos y por lo tanto, las cosas vuelven al estado en que se hallaban anteriormente, en este caso no es legamente viable que la demandante escoja si regresa a COLPENSIONES o a PENSIONES DE ANTIOQUIA, porque su regreso debe ser obligatoriamente a PENSIONES DE ANTIOQUIA, por ser este el fondo al que se encontraba afiliada antes de su traslado al RAIS.

El, artículo 52 de la Ley 100 de 1993 establece que “Las cajas, fondos o entidades de Seguridad Social existentes, del sector público o privado, **administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan**”, situación que es predicable de PENSIONES DE ANTIOQUIA, pues por demostrar solvencia financiera siguió subsistiendo después de 1994, y no está en proceso de liquidación, por lo cual, si bien no puede recibir nuevos afiliados, si mantenía los que ya tenía afiliados, es decir no se trata de una nueva afiliada, sino de una afiliada con el que PENSIONES DE ANTIOQUIA contaba desde el año de 1991 (fols.40), y que por virtud de la ineficacia del traslado debe nuevamente recibirla. (Sentencia SL2817 de 2019).

Se aclara que si bien en algunos casos esta Sala ha admitido que servidores públicos con o sin afiliación anterior al ISS hoy COLPENSIONES, puedan escoger Colpensiones para su regreso al RPM, es en los casos que no habían cumplido con la obligación de trasladarse al RPM a través del ISS, que consagra el Art. 4 del Decreto 692 de 1994, liquidación de las Cajas existentes a las que se encontraban afiliados, lo que no ocurre en el presente caso, pues conforme a la certificación de folio 40, la demandante se encontraba afiliada a PENSIONES DE ANTIOQUIA de manera ininterrumpida, desde el 5 de diciembre de 1991 hasta el 30 de junio de 1999, que fue una de las administradoras de pensiones del RPM que subsistió a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y por ello para la demandante no era obligatorio escoger al ISS hoy COLPENSIONES, como administradora de pensiones del RPM.

Por lo anterior, se modificará la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó a la demandante que dentro de los 15 días siguientes a la sentencia presentara formulario de afiliación a COLPENSIONES o PENSIONES ANTIOQUIA según su elección, para en su lugar ordenar el traslado de la demandante a PENSIONES ANTIOQUIA **sin solución de continuidad**, como se solicita en la apelación de la

actora, pues se reitera no se trata de una nueva afiliación, sino de una reactivación de la misma, ante la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS y por ello las cosas vuelven al estado en que se hallaban antes de la ineficacia declarada.

Como consecuencia de lo anterior se absolverá a COLPENSIONES de la totalidad de las pretensiones instauradas en su contra por cuanto no tuvo injerencia en el traslado de régimen de la demandante y no era la administradora del régimen de prima medida a la que se encontraba afiliada la demandante antes de su traslado al RAIS.

Finamente, sobre la anotación de la apoderada de PROTECCIÓN S.A. que la orden impuesta a su cargo, respecto al traslado de los aportes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se encuentra condicionada a que no los haya trasladado al momento en que la señora demandante se trasladó entre administradoras del RAIS hacia la AFP Porvenir S.A., ello es un asunto que bene verificar internamente estas AFP, para que quien posea los recursos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sea quien los traslade a PENSIONES DE ANTIOQUIA.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y consultada será CONFIRMADA y MODIFICADA, en los términos anteriormente expuestos.

COSTAS en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A.

Las agencias en derecho conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$908.526.

7. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 13 de junio de 2019 proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por **CRUZ ELENA TORRES GIRÓN** contra la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **PENSIONES DE ANTIOQUIA**, MODIFICÁNDOLA en cuanto a que se DECLARA la reactivación sin solución de continuidad de la afiliación de la demandante al RPM de PENSIONES DE ANTIOQUIA.

SEGUNDO: ABSOLVER a **COLPENSIONES** de todas las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un \$908.526.

La anterior sentencia se notifica a las partes en ESTADOS.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

FRANCISCO ARANGO TORRES

JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE MEDELLÍN – SALA LABORAL -
HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por
estados N ° **078** del **07 DE MAYO DE 2021**.

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>

Firmado Por:

FRANCISCO ARANGO TORRES
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

JAIME ALBERTO ARISTIZABAL GOMEZ
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

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

Código de verificación: **d8f27b44f4061b84f67a8ca58becf66f9cdb0c4305cd01da8ae4a629179eb2bb**

Documento generado en 06/05/2021 01:22:07 PM