

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**



**SALA LABORAL**

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	JOSE ALIRIO VERA OSORIO
DEMANDADOS	COLPENSIONES, AFP PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.
RADICADO	05001-31-05-001-2018-00255-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona y confirma

*Medellín, dieciocho (18) de junio de dos mil veintiuno (2021)*

*Estudiado, discutido y aprobado en sala virtual*

Esta Sala asume la competencia en esta instancia, conforme a la regulación establecida por el Gobierno Nacional en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 *“por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*; en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de Junio de 2020 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En consecuencia, conforme al trámite establecido en las citadas disposiciones, que habilitan el procedimiento de sentencia escrita, y cumplido el traslado a las partes en los términos reglados, procede la Sala Tercera de

Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por el señor **JOSE ALIRIO VERA OSORIO** en contra de **COLPENSIONES** y las **AFP PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.**

La Magistrada Sustanciadora, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**, declaró abierto el acto y a continuación, después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 031**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

## **I. – ASUNTO**

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las demandadas, contra la sentencia que profirió el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 11 de diciembre de 2019; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

## **II. – HECHOS DE LA DEMANDA**

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, lo siguiente: El actor nació el 22 de febrero de 1956; fue afiliado al entonces Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, e hizo aportes entre el mes de junio de 1972 al 31 de julio de 1997, para un total de 863 semanas cotizadas; en junio de 1997 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de Horizonte, hoy Porvenir, con fecha de afiliación 6 de junio de 1997, a partir de julio de ese año hasta septiembre de 1999; que el 27 de agosto de 1999 se afilió a Colmena, hoy Protección S.A., a partir de octubre de 1999, donde permanece actualmente; en el mes de junio de 2017, fecha en que se afilió a Horizonte, contaba con 41 años de edad, y laboraba para la empresa

Ingenio Risaralda S.A., como auxiliar de almacén; el actor ha cotizado un total de 1.045 semanas desde su afiliación al RAIS, contando con 1.906,2 semanas cotizadas en toda su vida laboral (a Octubre de 2017)

Se duele que los asesores ejecutivos de las administradoras del RAIS, no le brindaron la información suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la suficiente información; y que, al contrario, le ocultaron información relevante; que mediante comunicado del 6 de diciembre de 2017 Horizonte, hoy Porvenir, informa que no hay soporte físico que de cuenta de la asesoría brindada al demandante al momento del traslado de régimen, y, en igual sentido, mediante comunicación del 19 de noviembre de 2017, Colmena, hoy Protección, informa la falta de soporte físico de una asesoría al actor al momento de su traslado a ese fondo.

Agregó, que conforme a las proyecciones pensionales que le fueron presentadas, su pensión resulta ampliamente deficitaria en el régimen privado, con relación a la que le correspondería de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida.

### **III. – PRETENSIONES**

La acción judicial esta dirigida a que se declare la ineficacia o la nulidad de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por las administradoras del régimen privado demandadas, y que en consecuencia, se ordene a Protección S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes que el actor efectuó al RAIS, incluidos los rendimientos, sin ningún descuento por cuota de administración, debiendo ordenar a dicha entidad recibir todos esos valores y activar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, como si nunca hubiese dejado de pertenecer a dicho régimen pensional; que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar al actor la pensión de vejez, a partir de la fecha en que acreditó el requisito de la edad (22 de febrero de 2018), ya que cuenta con el requisito de semanas cotizadas para el efecto, así como, al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o, en su defecto, la indexación de

las condenas; que se condene a las demandadas al pago de las costas procesales y lo que ultra o extra petita resulte probado.

Como pretensiones subsidiarias, pide que se declare que el actor nunca obtuvo re asesoría antes de cumplir los 52 años de edad por parte de Protección S.A., en aras de que optara por el traslado de régimen , perdiendo con ello la posibilidad de afiliarse al régimen de prima media; que se declare que Protección debe reconocer a título de indemnización de perjuicios, como mesada pensional, una vez el demandante acredite los requisitos para ello, el equivalente a lo que este hubiese recibido si estuviera en el régimen de prima media; que se condene a Protección al pago de dicha indemnización de perjuicios; que se condene a Colpensiones a pagar intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o, en su defecto, la indexación de las condenas; se condene a las demandadas al pago de las costas procesales y lo que ultra o extra petita resulte probado.

#### **IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA**

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las demandadas, a dar respuesta a la misma, a través de sus respectivos apoderados judiciales.

PROTECCION S.A. describió el traslado de esta acción, según escrito visible a folios 85 al 107 del expediente.

A través del mismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; aceptó la edad del demandante, la suscripción del formulario de afiliación el 6 de junio de 1997, el cargo que tenía el actor para esa época, lo referente a las semanas cotizadas, la respuesta al derecho de petición elevado por el afiliado, negó en su mayoría los hechos de la demanda, indicando no constarle otros, aduciendo la validez y eficacia del traslado de régimen y; propuso las excepciones perentorias que denominó *“Inexistencia dela obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; indebida*

*acumulación de pretensiones; falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal; innominada o genérica”.*

COLPENSIONES, allegó contestación, la cual se observa a folios 138 a 147 del expediente.

A través de la misma, se opuso a la prosperidad de pretensiones de la demanda; indicó no constarle la mayoría de los hechos, aceptando la edad del actor, la fecha de afiliación del demandante al ISS y; propuso las excepciones perentorias que denominó *“Inexistencia de la obligación de reactivar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media administrado por Colpensiones; imposibilidad jurídica de cumplir con las obligaciones pretendidas; buena fe de Colpensiones; inconformidad con el eventual monto pensional no constituye causal de ineficacia del traslado; traslados entre administradoras del RAIS , tornan improcedente la declaratoria de la ineficacia de los mismos; prescripción; compensación; imposibilidad de la condena en costas”.*

PORVENIR S.A. describió el traslado de esta acción, a través de escrito visible a folios 161 y siguientes del expediente, mediante el cual se opuso a las pretensiones de la demanda; indicó no constarle la mayoría de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, su traslado a Porvenir el 6 de junio de 1997, y negó el hecho atinente a la falta de información al momento del traslado; formuló las siguientes excepciones: *“Prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; enriquecimiento sin causa; improcedencia de reconocimiento de perjuicios a la parte demandante; la innominada.”*

## **V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

En audiencia pública celebrada el 11 de diciembre de 2019, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la

ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad que solicitara el demandante el día 6 de junio de 1997 a Horizonte S.A, hoy Porvenir y posterior traslado suscrito el 27 de agosto de 1999 a Colmena hoy Protección S.A., por falta al deber de información; ordenó a Colpensiones tener al demandante válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y homologar las semanas cotizadas por éste al régimen de ahorro individual previo el correspondiente de traslado del saldo de la cuenta, como se indica a continuación; ordenó a Protección S.A. a trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones, incluyendo los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuota de administración y prima de reaseguro; ordenó a Porvenir trasladar a Colpensiones los porcentajes descontar por garantía de pensión mínima, cuota de administración y primas de reaseguros; declaró que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme a las reglas del régimen general de pensiones, prestación que será reconocida por Colpensiones previa solicitud del afiliado y una vez cumplido con lo dispuesto en el numeral anterior; declaró no probadas las demás excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a Porvenir y Protección a favor del demandante, fijándolas correspondientes agencia en derecho, y se abstuvo de condenar en costas a Colpensiones.

Como fundamento de su decisión, luego de hacer un recuento sobre la jurisprudencia sobre el tema, resalta que en la sentencia SL 1452 del 2019, con ponencia de la esta vez con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la corte se ratifica en la línea jurisprudencial referente a la ineficacia de la afiliación por violación al deber de información; que en su análisis se puede identificar las siguientes cuatro reglas: (i) que el deber de información existe para los fondos privados de pensiones desde antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993; (ii) la inversión de la carga de la prueba en este tipo de procesos;(iii) que la leyenda preimpresa que contemplan los formularios de vinculación o de traslado, tales como que el traslado debe efectuarse de manera libre y voluntaria y sin presiones, otras leyenda similares no reemplaza o sustituye el deber de información; y (iv) que no es relevante que el afiliado tenga o no una expectativa legítima en la construcción de su derecho pensional,

en criterio que ha sido reiterado en sentencias posteriores, como la SL 1688 la 1689 y la 1838, las 3 de 2019, entre otras.

Que en el presente asunto y conforme a la documental anexa al expediente, se tiene por probado: que el actor nació el 22 de febrero de 1956, como consta en la copia del documento identidad (Fol. 29); que inició su vida laboral el día 30 de junio de 1972 afiliándose al extinto Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez vejez y muerte, de conformidad con la historia laboral que allegó Colpensiones (Fol. 194 a 197) según la cual acreditó hasta junio de 1997 un total de 863,57 semanas cotizadas, siendo el último empleador Ingenio Risaralda con quién inició el vínculo laboral el 23 de agosto de 1982; que en su caso el régimen general de pensiones inició vigencia el 1º de abril de 1994, fecha para lo cual no contaba con 40 años ni 15 años de servicios, es decir, no contaba con el régimen de transición; que podía continuar afiliado al seguro social o trasladarse al régimen de ahorro individual en los términos del artículo 10 del decreto 692 de 1994, lo cual pretendió hacer al suscribir el formulario de afiliación con Horizonte, hoy Porvenir, el 6 de junio de 1997, como se advierte en el formulario que obra a folio 31. Señala que también se encuentra acreditado que el actor suscribió un formulario de afiliación con Colmena, hoy Protección S.A., el 27 de agosto de 1999 (Fol. 32 y 112 del expediente)

Indica que, según historia laboral allegada por el actor, entre las semanas cotizadas en el régimen de prima media para Bono pensional y la de régimen de abono de ahorro individual, el demandante acumula un total de 1.906,28 semanas en toda la vida laboral.

Aduce que, en cuanto al consentimiento informado, no puede darse la razón a los operadores de los fondos privados en cuanto a que la firma de los citados formularios fuera suficiente para tener por seleccionado dicho régimen de manera libre y voluntaria, lo que se aleja de lo ya adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1452 de 2019, indicando que para el estudio de el deber de información para esa fecha, del traslado, se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993, estatuto orgánico de las entidades financieras,

conforme al cual concluye que para ese momento la información que se debía brindar eran las características, condiciones de acceso y servicio de cada uno de los regímenes, de modo que los afiliados pudieran conocer la lógica los sistemas públicos y privados de pensiones y, además, las consecuencias jurídicas del traslado. Que en este caso no se acreditó que se le hubiera brindado al actor, por parte de Porvenir y Protección, una debida asesoría, resaltando que el demandante en su interrogatorio no admitió haber recibido información completa.

Manifiesta que, valorada la prueba, dado que ninguno de los fondos privados cumplió con la carga de la prueba que le competía, concluye respecto del primer problema que es ineficaz el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual que realizó el demandante hacia Horizonte en el año 1997 y el traslado posterior a Colmena en el año 1999.

Que, como consecuencia de la declaración anterior, deberá Protección S.A., actual administradora de pensiones del actor, trasladar a Colpensiones, no sólo el saldo de la cuenta individual del demandante que incluye los aportes y los rendimientos sino también los descuentos que se hicieron por prima de reaseguro, garantía de reaseguro y cuotas de administración. Que Porvenir como sucesora de Horizonte deberá trasladar a Colpensiones todas las sumas descontadas de las cotizaciones efectuadas a nombre del demandante.

Indica, en cuanto al problema relativo a la pensión de vejez del demandante, que, por el momento, sólo puede accederse a la declaración del derecho, pero no a la condena, porque, si bien se agotó la reclamación administrativa, la petición no pasa de ser una simple formalidad, que no el cumplimiento de la finalidad perseguida con la norma que no es otra que darle la oportunidad la administración de pronunciarse frente a un derecho, resaltando que se pidió a Colpensiones la ineficacia del traslado y el reconocimiento de la pensión, cuando el demandante continuaba afiliado en el régimen de ahorro individual, por lo que no era competencia de Colpensiones pronunciarse frente al derecho prestacional; resalta que la reclamación administrativa es un requisito de procedibilidad que se traduce en factor de



competencia para la administración de justicia, por lo que, al no haber la administradora de pensiones tenido la oportunidad de pronunciarse de fondo frente a la petición, se abstendrá de imponer condena al respecto.

Que, pese a ello y como el demandante acredita para la fecha más de 62 años y más de 1300 semanas, que son los requisitos actuales en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, se accederá a la declaración de causación de la pensión de vejez pero que el reconocimiento, el ingreso base de liquidación, la cuantía, la fecha disfrute, se dejará a criterio de Colpensiones.

En cuanto a la figura de la prescripción, señala que el régimen pensional se encuentra íntimamente relacionado con el derecho pensional, que es imprescriptible, remitiéndose a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1689 de 2019, en la que concluyó que la declaración de ineficacia de traslado de régimen pensional es imprescriptible, ya que se trata de una declaración meramente declarativa y porque los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación.

## **VI. – RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por los apoderados judiciales de los demandados, en los siguientes términos:

### **Apoderado de Porvenir:**

Aduce no estar de acuerdo con la decisión del despacho de declarar la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues considera que la afiliación con su representada se suscribió válidamente.

Como primer punto, controvierte lo que tiene que ver con la inversión carga de la prueba, que fue el aspecto o el núcleo de la sentencia en la primera

parte sobre la importancia de la carga de la prueba hay que señalar que la inversión de la carga de la prueba que se pretende imponer en esta clase de procesos está soportada en la ley 1328 de 2009, para aplicar en situaciones que tuvieron ocurrencia casi 14 años atrás; no resiste un análisis ponderado y serio toda vez que esta que en principio incumbe al demandante y que todo caso en aplicación del sistema de carga dinámica corresponde a quien tenga la capacidad de demostrar un hecho procesal, demostrarlo la actividad procesal impone a las partes deberes relacionadas con acreditar la veracidad de los hechos en que sustentan sus pretensiones, esto es más evidente en los procesos dispositivos en los cuales el juzgador no puede suplir negligencia o desidia de quién tiene la carga de probar los dichos, simplemente no lo hace, no obstante, con su demanda activa la jurisdicción vale recordar que el artículo 835 del código de comercio el legislador estableció la carga de la prueba en cabeza de quién la alega, la culpa o mala fe, en este caso lo que se predica es una nulidad relativa que deriva necesariamente de la acreditación del dolo o mala fe por parte de la afp, quien alegue la mala fe por la culpa de una persona o afirme que esté conoció o debió conocer determinado hecho deberá probarlo.

Expone que la información suministrada a los afiliados del régimen de ahorro individual se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellos recae por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo tanto las reglas y condiciones en que se realiza las vinculaciones de los afiliados no son caprichosas, sino que son el resultado de dichas disposiciones que regulan el régimen de ahorro individual con solidaridad es importante anotar que los asesores comerciales encargados de promover las afiliaciones, como en este caso, explicaron las condiciones del régimen, en este caso le explicaron al demandante de las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, como efecto él lo señaló indicando en varias de sus respuestas y de manera reiterativa, que lo que le habían indicado es que se podía pensionar con anterioridad, lo que no sucedía o con anticipación o de manera anticipada, lo que nos sucedía en el régimen de prima media con prestación definida y eso en efecto está soportado en la ley; de manera que no puede ahora aducir válidamente que fue engañado, pues además de haber recibido toda la asesoría e información tuvo la oportunidad de

leer, y preguntar y previo a esa suscripción de la afiliación y al asesoría por parte del asesor de porvenir, tuvo una reunión previa por parte del gerente de la compañía donde se indica, le explicaron las condiciones del traslado del régimen y luego fue corroborado con el asesor, luego no puede ahora señalarse que no tuvo la completa información de un régimen como el que pretendió afiliarse, o el que finalmente se afilió.

También insiste en la excepción de prescripción, precisando para ello que solo en el hipotético caso de declararse que existió ineficacia del traslado por falta del deber de información, debe tenerse en cuenta que se ha superado ampliamente el término de los tres años establecidos en la ley, pues el acto jurídico data del año 1997.

En los que tiene que ver con la obligación de trasladar los saldos porcentajes descontados las cuotas de administración y primas de reaseguro, expone que los gastos de administración independiente de que se hable de nulidad relativa o ineficacia pues no hay lugar a su devolución, porque estos corresponden a recursos de naturaleza de fondos públicos que estaban destinados al cubrimiento de los riesgos del asegurado, entonces pretender y esos riesgos pues estuvieron cubiertos durante todo el tiempo en el que el demandante estuvo afiliado o vinculado.

### **Apoderada de Protección S.A.**

Su apoderada judicial dice oponerse a la orden de trasladar cuotas de administración y primas de reaseguro, toda vez que se trata de comisiones ya pagadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorros individual del demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como lo es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera, en este orden de ideas valga mencionar que se estaría desdibujando la sanción misma que acarrea la declaratoria de una ineficacia, si la consecuencia de la misma es que las cosas vuelvan al Estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca Protección debió administrar los

recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del Bono de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto-mejora que tuvo el afiliado, son los rendimientos de su cuenta de ahorros individual producto de la buena gestión de la afp; el fruto o mejora de la Afp es la comisión de administración, la cual debe conservar sí efectivamente hizo rentar el patrimonio del demandante; ahora tampoco debe condenarse a devolver a COLPENSIONES el valor de las primas de reaseguro pues dicho porcentaje se pagó el seguro previsional que lo que busca es cubrir tanto la contingencia de invalidez y sobrevivencia, y la afp se encuentra imposibilitada para recobrarlo y devolvérselo a Colpensiones, además de que la aseguradora en este caso es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el contrato suscrito entre demandante y protección en el año 1999, como traslado de AFP.

Que mantener la orden de devolución en los términos descritos en la sentencia de primer grado, constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones pues esta entidad está recibiendo unos dineros generados de la buena administración de la afp sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, en detrimento del patrimonio de la afp, vulnerándole el derecho a la igualdad y privilegiado de manera injustificada a una de las dos partes del contrato, que fue declarado en este caso ineficaz y que fue suscrito de buena fe.

### **Apoderado de Colpensiones**

Su apoderado judicial, solicita la revocatoria de la sentencia de primer grado, al considerar que el impacto monetario que acarrea el traslado de régimen no puede ser la causa que lleve a declarar la ineficacia del negocio jurídico, la disparidad en cifras por el aspecto estructural del sistema no es habilitante para que prospere una demanda de nulidad o ineficacia.

Frente al vicio de consentimiento alegado, expone el recurrente que la inducción al error tiene su origen cuando se obtiene la voluntad de la persona en virtud del engaño ejercido, desconociéndose los elementos de libertad y espontaneidad, dado que la autonomía de la voluntad es el eje de los negocios jurídicos por cuanto es fuente para la creación de las obligaciones y derechos derivados de las mismas, por tanto de esa voluntad debe ser libre y espontánea, hipótesis que no se configura en el sub lite, puesto que él actor no fue obligado a firmar, y era su obligación leer lo que firmaba.

Y finalmente expone que el demandante esta imposibilitado por su edad para trasladarse entre regímenes pensionales, según lo dispuesto en el artículo 2° de la ley 797 del 2003, motivos por los cuales deben desestimarse las pretensiones de la demanda y revocar la sentencia de primera instancia.

#### **Alegatos de Conclusión:**

La apoderada judicial del demandante, Dra. PAULA ANDREA ESCOBAR SÁNCHEZ, solicita se confirme lo resuelto por la a quo, esto es la declaratoria de ineficacia del traslado, toda vez que la AFP privada, al momento de efectuar el traslado inicial de régimen pensional, no le brindó una asesoría clara, completa y eficiente, la cual le permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones que en su futuro pensional acarrearía dicho traslado, por lo cual, ante la falta de esa asesoría e información, no puede hablarse que el traslado de régimen pensional se dio de manera libre y voluntaria, así las cosas, al no ser libre y voluntaria la decisión por el desconocimiento de las consecuencias que este le ocasionaría, el mismo se torna ineficaz, tal y como lo indica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 271 del mismo texto normativo.

A su turno, el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., Dr. JORGE ENRIQUE MARTÍNEZ SIERRA, se opone a la ineficacia del acto jurídico de afiliación y/o traslado, pues la entidad que representa si cumplió con su deber de información y correcta asesoría pensional frente al demandante, y que en

atención a las normas del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos –a las cuales debemos acudir por ausencia de reglas legales en materia laboral-, es claro que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, como lo señala el artículo 1602 del Código Civil y, están llamados a producir consecuencias respecto de quienes los celebran, reglas básicas de la teoría de las obligaciones.

También censura la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y PORVENIR S.A., como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración y las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza, además los gastos de administración y las primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, y así deberá declararse.

Y finalmente el apoderado judicial de COLPENSIONES, Dr. JUAN GABRIEL TORO TORO, portador de la T.P. N° 292.949 del C. S. de la J, a quien se le reconoce personería para actuar en los términos del memorial de sustitución poder allegado al plenario, expone en su escrito de alegaciones que una sentencia favorable a los intereses del demandante viola directamente la Constitución Política de Colombia y además desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones - Art. 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, ya que una declaración injustificada de la ineficacia del traslado como lo sería en este caso, pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad

social de los demás afiliados, pues este tipo de decisiones tienen un gran impacto fiscal, lo cual se podría traducir en la descapitalización del régimen de prima media, pues personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento a beneficiarse de un ahorro comunitario, accediendo a una pensión, cuyo pago desfinancia el sistema. Sobre este tema ya se ha pronunciado ampliamente la Corte en sentencias tales como la SU 130/2013, en la C-789/2002 y C-1024/2004, en donde se indicó que solo las personas que sean beneficiarias del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados al 01/04/1994, podrían trasladarse al RPM en cualquier tiempo.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, se pasa a resolver de fondo, previas las siguientes

## **VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

**Naturaleza jurídica de la pretensión.- La Ineficacia en el traslado de régimen pensional.-**

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por los apoderados judiciales de las demandadas; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala de establecer si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizó el demandante, a través de HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., como la

primera administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad a la que se afilió, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos, y si en lo sucesivo, su traslado a COLMENA, hoy PROTECCION S.A., en el mismo régimen, corrió igual suerte.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y el traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del cambio de régimen pensional, el cual ha de venir suministrado y garantizado por el agente adscrito al respectivo fondo, esto es, es de la propia esencia del acto de traslado, el suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.

Esto lleva a la Sala a advertir que las obligaciones de asesoría no fueron creadas por el Legislador a través de recientes normas, sino que desde la propia concepción dualista de dos regímenes pensionales a través de la Ley 100 de 1993, se establecieron como de su propia esencia.

Así, la asesoría a cargo de la administradora, se erige en una obligación insoslayable, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los efectos económicos que puede representar una decisión de tal naturaleza.

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y a través de las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose –en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a



nivel procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber tomado la decisión inicial, o por el hecho de que el asegurado se haya trasladado incluso entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, por lo que un dato será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad”* (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019).

A partir de lo anterior, pasa a desatarse la alzada conforme al...

### **CASO CONCRETO**

Sea lo primero reseñar, que conforme a la prueba documental obrante a folios 155 y siguientes del expediente (Historia laboral en Colpensiones) , se advierte que el señor JOSÉ ALIRIO VERA OSORIO se afilió al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el entonces Instituto de los Seguros Sociales, desde junio de 1972; posteriormente

se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. en el año 1997 y luego se trasladó a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1999, donde permanece afiliado actualmente, como reconocen las deamandadas.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones de la A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actora, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que ninguno de los fondos privados a los que estuvo afiliado el demandante, alcanzó a probar haberle brindado asesoría con suficiencia en su proceso de traslado, y concretamente en cada uno de los momentos en que lo atendieron para trasladarlo de régimen, y después darle movilidad a otro fondo privado dentro del mismo RAIS.

Debe decirse, que, si bien el asegurado alcanzó a pertenecer a varias administradoras de fondos de pensiones a lo largo de su permanencia en el RAIS, -tal y como lo advirtió la A quo- la ineficacia se configuró desde la primera vez, cuando se afilió a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., quedando afectada con esa sanción legal la posterior vinculación que llevó a cabo dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la administradora COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.

Los planteamientos que hacen los apoderados judiciales de las codemandadas en sus alegatos de conclusión, y conforme a los cuales controvierte la declaratoria de ineficacia, por encontrarse el demandante a menos de 10 años de adquirir la pensión, a su juicio pretermitiendo la regla de permanencia establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, no son de recibo, teniendo en cuenta que no nos encontramos frente a un traslado de régimen a menos del tiempo permitido por la ley, sino que el regreso a prima media se da en el marco de la declaratoria judicial de un acto jurídico que no alcanzó a producir sus efectos por ineficacia.

Ahora, las AFP'S accionadas plantean en sus recursos de alzada que las entidades cumplieron con todas las exigencias legales en el proceso de

traslado; sin embargo, la única prueba allegada de tal supuesto cumplimiento lo constituye el formulario de afiliación al RAIS, del cual no puede deducirse de manera exacta y con grado de certeza que efectivamente se le haya dado al asegurado una verdadera asesoría en el marco del buen consejo que se exige en la jurisprudencia que el órgano judicial de cierre ha establecido sobre el tema.

Tampoco puede acogerse su razonamiento tendiente a destacar que es el legislador a quien corresponde a través de un cambio legislativo establecer si es el RAIS un régimen desventajoso frente a prima media. Como se ha visto, la consecuencia de la ineficacia se da por las omisiones profesionales del fondo privado en cumplir con el suministro cabal de información y asesoría en el marco de la prestación del servicio público de la seguridad social que desarrolla, y no propiamente por una inconveniencia a priori o *in abstractum* del régimen. Menos aún puede estimarse que por no habersele negado prestación alguna al demandante, se derruya la declaratoria de primer grado.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado y posterior movilidad del señor JOSÉ ALIRIO VERA OSORIO dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional del demandante retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de traslado a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., encontrándose también afectado de ineficacia el acto de afiliación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., esto es, se encuentra válidamente afiliado al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

Ahora, el tema de las devoluciones económicas, constituye un punto de apelación de ambos fondos privados, quienes pretende se revoque el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia, contentivo de la decisión de devolver, además del capital y los rendimientos el porcentaje de cuotas de administración, primas de reaseguros y pagos por garantía de pensión mínima.

A su vez, frente a este aspecto esta Sala dispone de la competencia para pronunciarse, en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta, que impone la necesidad de revisar el tema, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele al demandante.

Para resolver, estima la Sala que no les asiste razón a los apoderados judiciales de PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A. ya que es imperioso mantener la orden de devolución de las cuotas de administración, las primas de reaseguros, y el porcentaje de garantía de pensión mínima.

Las razones jurídicas parten de entender que al regresar las cosas al estado anterior en que se encontraban antes de que el actor suscribiera el traslado de régimen pensional, deben regresarse todos los conceptos cobrados por las administradoras del régimen privado, incluso completando dichas sumas de sus propios patrimonios, teniendo en cuenta que se trata de dineros que pertenecen a la cotización del asegurado, y que este no dio lugar a la ineficacia.

Frente al efecto de la ineficacia, resulta irrelevante que se trate de descuentos legales y que el capital del demandante haya generado unos rendimientos.

Por virtud de la misma competencia derivada de la Consulta, resulta pertinente, además, **ADICIONAR** el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de disponer de un término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, para que las AFPS PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., trasladen a COLPENSIONES, lo ordenado en la sentencia de primera instancia, y advirtiéndole que la devolución que haga la AFP PORVENIR S.A. deberá estar debidamente indexada.

Finalmente, debe decirse que con la orden de recepción de los dineros ordenados y la activación de la afiliación del demandante sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida, no se está generando ninguna consecuencia adversa a Colpensiones, ya que a partir de las sumas recibidas y las semanas acreditadas, deberá Colpensiones a futuro resolver el derecho del actora a las eventuales prestaciones económicas que reconoce el sistema de seguridad social; además, se advierte que no se le impuso condena en costas procesales, y si bien se declaró la causación del derecho pensional como tal, al haberse acreditado en el plenario los requisitos legales de edad (62 años hombres) y 1.300 semanas cotizadas previstos en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 de 2003, la juez de primer grado, distinguió entre causación y disfrute pensional, y se abstuvo de ordenar el disfrute de la pensión de vejez así como el pago de un retroactivo, condicionando esto último, a la solicitud pensional que en un futuro hiciere el demandante a COLPENSIONES, pues antes de la declaratoria judicial de ineficacia del traslado, dicha administradora pública de pensiones, no tenía porque resolver la solicitud pensional de quien para ese momento detentaba la calidad de no afiliado al régimen de prima media.

Además, lo resuelto en este sentido no fue objeto de apelación por la parte demandante, quien contaba la legitimidad en la causa por activa, frente a este aspecto de la sentencia.

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

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de las codemandadas PORVENIR S.A., y PROTECCION S.A. por haber sido vencidas en el recurso, y en favor del señor JOSÉ ALIRIO VERA OSORIO, y como agencias en derecho, se fija la suma de \$908.526, equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente para el año 2021, suma que deberá ser asumida en partes iguales.

## **VIII. - DECISIÓN.**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, de fecha y procedencia conocidas, que se conoce en Apelación y Consulta, **ORDENANDO** a las AFP'S codemandadas, esto es, **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES lo ordenado en la sentencia de primera instancia, en un plazo no superior a treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, advirtiéndole que las sumas que traslade la AFP PORVENIR S.A., deberán estar debidamente indexadas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** dicha sentencia en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

**TERCERO: CONDENAR** a las AFP'S **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** a las costas procesales de la segunda instancia, y a favor del señor **JOSÉ ALIRIO VERA OSORIO**, y como agencias en derecho, se fija la suma de \$908.526, equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente para el año 2021, suma que deberá ser asumida en partes iguales.

**CUARTO:** En su oportunidad procesal, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**QUINTO: SE ORDENA** la notificación por estados de esta providencia, y se autoriza su reproducción virtual a las partes del proceso.

**Los Magistrados:**

  
**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**  
Magistrada

  
**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**  
Magistrado

  
**LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**  
Magistrada

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

Que la presente providencia se notificó por estados N ° **106** del **21 de junio de 2021.**

**Consultable aquí:**

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