

TEMA: INEFICACIA DE TRASLADO – resulta ineficaz el traslado cuando las administradoras de pensiones no cumplen con el deber legal de dar información acerca de las consecuencias que traen consigo los cambios entre regímenes pensionales.

HECHOS: Solicitó la demandante que declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS y se ordene a PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES todos y cada uno de los aportes realizados, con sus rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración, para que COLPENSIONES reciba estos aportes y reactive su afiliación, reconozca la pensión de vejez, los intereses moratorios o en subsidio la indexación. Además, pide se condene a PROTECCIÓN S.A a pagar las mesadas pensionales desde el 6 de mayo de 2022, y la suma de 200 salarios mínimos legales a título de perjuicios morales. En sentencia de primera instancia el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín declaró ineficaz la afiliación de GLORIA STELLA MEJÍA JARAMILLO, declaró que a esta le asiste derecho a la pensión de vejez junto con el retroactivo pensional. Debe la sala analizar si el acto jurídico de afiliación fue ineficaz y de ser procedente la ineficacia analizará las consecuencias jurídicas.

TESIS: (...) Si bien es cierto, en principio, tal traslado se hizo como producto de un concurso de voluntades entre personas plenamente capaces, no lo es menos que se presentaba una relación asimétrica en el sentido de que los Fondos privados como agentes del sector financiero de la economía, tenían, desde su creación, el deber legal de suministrarle al afiliado una explicación completa pero concreta, hecha a la medida de la situación particular del interesado, de las consecuencias del traslado y con la esencial finalidad de que este pudiese tomar una decisión informada sobre un aspecto ligado a su proyecto de vida futura. (...) la Ley 100 de 1993 también intervino el punto, pues en su artículo 271 estableció: “Art. 271. Sanciones para el Empleador. El empleador, y en general 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 a una multa, impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.” (...) artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de que cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social como lo son las AFP, “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”. (...) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia fue clara en establecer que la declaratoria de ineficacia de traslado cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el respectivo afiliado “... aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen...”. (...) además, en relación a la indexación sentencias SL 3349-2021, SL359-2021 y SL3394-2022 “... todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, esto es, que mantendrán su poder adquisitivo inicial, por lo que se deben indexar.” (...)

MP. JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

FECHA: 05/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, cinco (05) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Demandante: GLORIA STELLA MEJÍA JARAMILLO
Demandados: ACP COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Radicado: **05001 31 05 019 2023 00048 01**
Sentencia: S-065

AUTO

En atención a la escritura pública 0214 del 23 de febrero de 2024 allegada al expediente, en la que se otorga poder general para representar a la ACP COLPENSIONES a la **UNIÓN TEMPORAL LITIS UT 2023**, se le reconoce personería como apoderada judicial al Dr. JORGE ELIECER PABÓN MORALES, con T.P. 241.510 del C. S. de la Judicatura. Y se accede a la sustitución de poder presentada por el referido apoderado, a favor de la Dra. CINDY JULIETH VILLA NAVARRO portadora de la T.P. N° 219.992 del C. S. de la Judicatura, a quien se le reconoce personería judicial para actuar en los mismos términos que el apoderado principal.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en este acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a

resolver el **recurso de apelación** interpuesto por **PORVENIR S.A.** y por **COLPENSIONES**, y en **grado jurisdiccional de consulta** en favor de esta última entidad, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín el día 24 de octubre de 2023.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

PRETENSIONES

GLORIA STELLA MEJIA JARAMILLO demandó a COLPENSIONES, a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A., pretendiendo se DECLARE la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debiéndose tener como válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al Régimen de Prima Media, y que, por tanto, le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 6 de mayo de 2022, con los intereses moratorios o en subsidio la indexación. Así mismo, pretende que, a título de indemnización de perjuicios materiales, lucro cesante y perjuicios morales, se CONDENE a PROTECCIÓN S.A. a pagarle las mesadas pensionales desde el 6 de mayo de 2022 y hasta que COLPENSIONES efectúe el reconocimiento de la prestación, junto con la suma de \$200 millones por perjuicios morales.

Como consecuencia, solicita se ORDENE a PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES todos y cada uno de los aportes realizados, con sus rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración, para que COLPENSIONES reciba estos aportes y reactive su afiliación, reconozca la pensión de vejez, los intereses moratorios o en subsidio la indexación. Además, pide se condene a PROTECCIÓN S.A a pagar las mesadas pensionales desde el 6 de mayo de 2022, y la suma de 200

salarios mínimos legales a título de perjuicios morales. Y que condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

LOS HECHOS

Como base de sus pretensiones, expone que nació el 06 de mayo de 1965; que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 02 de febrero de 1987, cotizando un total de 434 semanas en este régimen; que en el año de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S.A., señalando que la asesoría para su traslado fue generalizada, pues solo se le dijo que era mejor este régimen, que no correría ningún riesgo, que el ISS se encontraba casi quebrado y que podría obtener una pensión anticipada; reitera que el fondo no le brindó información clara de las consecuencias de su traslado, ni se le realizó una proyección pensional o análisis de su caso en particular.

Indica que el 3 de mayo de 2013 se afilió a COLPENSIONES, por lo cual PROTECCIÓN S.A. giró a esa entidad la totalidad de sus aportes; que realizó cotizaciones en COLPENSIONES con distintos empleadores privados, e incluso le permitieron vincularse al Régimen Subsidiado en Pensiones, en el cual cotizó un total de 8 años y 6 meses; que nunca se le objetó el traslado a COLPENSIONES, y realizó aportes a esta entidad hasta marzo de 2022, momento en el cual cesó en el pago de sus aportes sosteniendo que esa fue la información brindada por COLPENSIONES para el reconocimiento pensional.

Manifiesta que, al reunir los requisitos de edad y semanas cotizadas, solicitó la pensión de vejez a COLPENSIONES, no obstante, no se le permitió radicar el formulario en razón a que la entidad le informó que carecía de competencia para otorgar dicha prestación, aduciendo que el traslado al RAIS y regreso a COLPENSIONES se hizo cuando le faltaban menos de 10 años, y que por lo tanto era la AFP la que debía decidir la prestación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, PROTECCIÓN S.A. acepta la fecha de nacimiento de la actora, las semanas cotizadas en el ISS aclarando que a la fecha de contestación de la demanda acreditaba 1.038,29 semanas, y el traslado realizado a COLPENSIONES en el año 2013, pero aclara que en mayo de 2022 se presentó anulación del traslado por no cumplir con la edad establecida por la ley para el traslado de régimen. Niega la afirmación acerca de que se le brindó una asesoría generalizada, ya que a la demandante se le suministró información clara, completa y comprensible de las características de cada régimen y las consecuencias del traslado. Frente a los demás hechos, manifiesta que no le constan por ser ajenos a la entidad. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Como excepciones de mérito propuso inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa para pedir y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento del caso concreto y falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal.

PORVENIR S.A., al contestar la demanda, acepta la fecha de nacimiento de la actora; niega la afirmación realizada respecto de su aspiración a obtener una pensión de acuerdo a las reglas del RPM y frente a los demás hechos, indica que no le constan por ser ajenos a esta entidad. Se opone a las pretensiones y como excepciones de mérito propone prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y restituciones mutuas.

COLPENSIONES, a su turno, dice que es cierta la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al ISS, las semanas cotizadas en este fondo

y la fecha del traslado de régimen pensional; frente a los demás hechos, aduce que no le constan por ser situaciones ocurridas ante una entidad diferente. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Como excepciones planteó inexistencia de la obligación demandada y falta de causa para pedir, improcedencia de la obligación de pagar intereses moratorios, improcedencia de la obligación de condenar a indexación, buena fe COLPENSIONES, imposibilidad de que COLPENSIONES decrete la ineficacia del traslado, improcedencia de la declaratoria de invalidez del traslado, presunción de legalidad de los actos administrativos, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de condena en costas, equilibrio financiero del sistema, prescripción y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 24 de octubre de 2023, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, tomó las siguientes decisiones:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el traslado de la señora GLORIA STELLA MEJÍA JARAMILLO con C.C. 43.440.126 del régimen de prima media con prestación definida RPMPD al de ahorro individual con solidaridad RAIS, y consecuentemente, se DECLARA que, para efectos pensionales, aquella estuvo afiliada sin solución de continuidad al primero de los regímenes enunciados.

SEGUNDO: CONDENAR a las AFP PORVENIR S.A. y PROTRECCIÓN (sic) S.A., para que en el término de un (1) mes, contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, DEVUELVAN a COLPENSIONES, según sea el caso, los saldos de la cuenta de ahorro individual de GLORIA STELLA MEJÍA JARAMILLO, con los rendimientos financieros, los gastos de administración, que se componen de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros y los pagos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos, por el lapso de tiempo en que GLORIA STELLA MEJÍA JARAMILLO ha permanecido y permaneció en cada fondo.

Al momento de cumplir la orden, 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 y deberá normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP, conforme lo analizado en esta decisión.

TERCERO: DECLARAR que a la señora GLORIA STELLA MEJÍA JARAMILLO identificada con CC 43.440.126 le asiste derecho a la pensión de vejez, bajo las previsiones de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 9 y 10 de la Ley 100 de 1993, la cual estará a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE a reconocer y pagar a la señora GLORIA STELLA MEJÍA JARAMILLO identificada con CC 43.440.126 la pensión de vejez, a partir del 6 de mayo de 2022. Por concepto de retroactivo pensional causado entre el 6 de mayo de 2022 y el 30 de septiembre de 2023, adeuda COLPENSIONES a la demandante la suma de DIECINUEVE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA MIL (19.270.000), suma que será indexada al momento de su pago y sobre la cual se autoriza los descuentos con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

A partir del 1 de octubre de 2023, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, deberá continuar pagando al señor (sic) GLORIA STELLA MEJÍA JARAMILLO una mesada pensional de un salario mínimo mensual legal vigente, a razón de 13 mesadas anuales, sin perjuicio de los aumentos que el Gobierno Nacional determine para cada anualidad.

QUINTO: Se DECLARAN probadas las excepciones de improcedencia de la obligación de pagar intereses moratorios y la de inexistencia de la obligación de pagar perjuicios y no probadas las restantes excepciones presentadas por las demandadas, según lo manifestado en la parte considerativa del presente proveído.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las restantes pretensiones incoadas en su contra por e la señora (sic) GLORIA STELLA MEJÍA JARAMILLO, como se explicó con anterioridad.

SÉPTIMO CONDENAR en costas a PORVENIR por resultar vencida en el proceso. Las agencias en derecho se fijan en la suma de 3 SMLMV."

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la condena impuesta a la entidad respecto del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que no es posible esta condena y el pago del retroactivo pensional, considerando que las semanas que se encuentran en el RAIS no han sido convalidadas por esta parte; además afirma que debe agotarse primero este proceso y posteriormente, iniciar con la reclamación administrativa con el fin de que se estudie su derecho pensional. Por lo anterior, solicita que se le permita a la entidad hacer la convalidación de semanas y el procedimiento administrativo para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

La apoderada de PORVENIR S.A. solicita revocar la sentencia en lo que respecta a la orden de trasladar los dineros distintos a aportes y rendimientos, puesto que el fondo ya no cuenta con ellos. Frente a la indexación, señala que las sumas mencionadas ya se encuentran actualizadas y que esto generaría una doble condena al fondo, ya que los rendimientos al ser sumas actualizadas superan cualquier devaluación económica que se pudo haber presentado frente a las sumas que se deben a retornar a favor de la demandante; respecto de los gastos de administración, considera que no financian la pensión de vejez, y están sujetos al fenómeno prescriptivo. Frente a la orden de traslado del Fondo de Garantía de pensión mínima de forma indexada y con cargo a sus recursos, estima que se le está generando a la entidad una condena injustificada porque la norma, cuando habla de reconocimiento de la garantía de pensión mínima, indica que esos recursos van a estar en una cuenta particular, y que es la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda quien va a tener la administración de esta, por lo que no sería viable que esta parte asuma este valor como se ordenó, teniendo en cuenta que no hay una norma que lo especifique.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la PARTE DEMANDANTE señaló que se debe confirmar la sentencia proferida, haciendo mención al derecho que tiene la actora al reconocimiento de la pensión de vejez por cumplir con el lleno de los requisitos, y la responsabilidad que tenían los fondos privados de brindar una correcta asesoría.

COLPENSIONES por su parte, solicitó absolver a esta entidad de todas las condenas, debiéndose tener como válida la afiliación al fondo privado, debido a que la demandante nunca formuló dudas ni inquietudes para su traslado, decisión que era de suma importancia.

Y, por último, PORVENIR S.A. señala que se debe revocar la sentencia, ya que no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez; que a la demandante siempre se le brindó una adecuada asesoría para la libre escogencia de régimen; que no se debió imponer unas cargas probatorias al fondo privado, las cuales son inexistentes; que no comparte la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia; que se debió analizar la buena fe para la procedencia de las restituciones mutuas; y que no debió proceder la indexación de las condenas.

C O N S I D E R A C I O N E S :

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto, tanto por COLPENSIONES como por PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia, e igualmente conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado acreditados, se encuentran los siguientes:

- i)** la Sra. GLORIA STELLA MEJIA JARAMILLO nació el 6 de mayo de 1965¹;
- ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional en el ISS hoy COLPENSIONES, y comenzó a realizar cotizaciones allí, el 2 de febrero de 1987²;
- iii)** el 1° de julio de 1994³ suscribió formulario de vinculación a la AFP PORVENIR S.A.;
- iv)** El 30 de mayo de 1997 suscribió formulario de afiliación ante la AFP PROTECCIÓN S.A.⁴ entidad a la cual se encuentra actualmente vinculada;
- v)** mediante documento expedido por COLPENSIONES el 22 de junio de 2013, se acepta el retorno a este fondo⁵;
- vi)** por medio de los documentos con radicado N° BZ2022_6078026-1509332 del 26 de mayo de 2022 y BZ2022_9520564-2045839 del 27 de julio de 2022, COLPENSIONES le informa a la actora que se encuentra afiliada a PROTECCIÓN S.A.;
- vii)** Y, a través de la respuesta del 04 de septiembre de 2022⁶ a la solicitud elevada por la demandante ante PROTECCIÓN S.A., se le informó que la afiliación a COLPENSIONES era inválida por trasladarse con menos de 10 años para alcanzar su edad de pensión.

Es indiscutible entonces, que la pretensión principal de la demandante con la presente acción judicial es que se declare ineficaz su traslado al RAIS y para que, consecuentemente, se declare que su afiliación válida es la que corresponde a COLPENSIONES.

¹ Folio 29 de la demanda

² Folio 86 de la contestación de Colpensiones

³ Folio 82 de la contestación de Porvenir S.A.

⁴ Folio 36 de la contestación de Protección S.A.

⁵ Folio 75 de la contestación de Colpensiones S.A.

⁶ Folios 53 a 55 de la contestación de Protección S.A.

Atendiendo a un orden lógico de las cosas, procederá la Sala con el análisis en el siguiente orden:

- 1)** Si el acto jurídico de afiliación de la señora MEJIA JARAMILLO al Régimen de Ahorro Individual-RAIS, es ineficaz.
- 2)** De ser procedente la ineficacia del traslado, se analizarán las consecuencias jurídicas, esto es, los conceptos a devolver por parte de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. y la procedencia o no de la indexación sobre dichos conceptos.
- 3)** Y, el reconocimiento pensional junto con el retroactivo generado.

1. Ineficacia del traslado

La diferencia jurídica que se plantea en este caso, consistente en la pretensión de la parte actora en punto que se declare ineficaz el traslado que efectuó desde el Fondo público y común administrado por el ISS, al Fondo privado de ahorro individual, fundada en una insuficiente información por parte de esta última entidad en cuanto a las consecuencias reales de dicha determinación, ha sido materia de múltiples decisiones judiciales orientadas desde la cúspide de la jurisdicción ordinaria laboral.

Si bien es cierto, en principio, tal traslado se hizo como producto de un concurso de voluntades entre personas plenamente capaces, no lo es menos que se presentaba una relación asimétrica en el sentido de que los Fondos privados como agentes del sector financiero de la economía, tenían, desde su creación, el deber legal de suministrarle al afiliado una explicación completa pero concreta, hecha a la medida de la situación particular del interesado, de las consecuencias del traslado y con la esencial finalidad de que este pudiese tomar una decisión informada sobre un aspecto ligado a su proyecto de vida futura.

En efecto, desde la expedición del decreto 663 de 1993⁷, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el que en su Capítulo VIII incluye a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, dispuso dicha obligación en los siguientes términos:

*“Art 97. **Información a los usuarios.** Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claro y objetivo, escoger las mejores opciones del mercado.*

Por su parte, la Ley 100 de 1993 también intervino el punto, pues en su artículo 271 estableció:

*“Art. 271. **Sanciones para el Empleador.** El empleador, y en general 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 a una multa, impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*

Así mismo, importa señalar al respecto, que la jurisprudencia laboral ha sido consistente, reiterada, pacífica y uniforme desde el año 2008, en señalar que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es un deber exigible desde su creación, advirtiendo, además, que en este tipo de casos la carga de la prueba recae sobre los fondos privados, especialmente por plantearse una afirmación indefinida

⁷ Norma posteriormente actualizada por la ley 795 de 2003 “ley por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero”

como lo es el hecho que la persona afiliada no ha recibido la suficiente información, lo que solo puede ser desvirtuado con la prueba positiva por la cual se acredite que tal obligación sí se cumplió.

Tesis que se introdujo desde las sentencias 31.989 y 31.314, ambas del 9 de septiembre de 2008, por cuenta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyas consideraciones se han venido renovando y reiterando con el transcurso de los años a través de múltiples pronunciamientos. Cabe destacar lo que se dijo en aquellas primeras providencias, así, en la Rad. N° 31.989 de 2008:

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”

Del desarrollo jurisprudencial posterior se evidencian algunos ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado y que se resumen en lo siguiente:

- (i) El juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico;
- (ii) El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente, pues ello no demuestra por si solo que se hubiere brindado una información idónea, y se

requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado;

- (iii) Le incumbe a la respectiva AFP del RAIS, por inversión de la carga de la prueba, demostrar que en el momento del traslado le suministró al afiliado (a) la información suficiente y completa sobre las consecuencias de tal decisión, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, según el cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo; y
- (iv) No es necesario ser beneficiario del régimen de transición o estar próximo a causar el derecho para que se produzca la ineficacia del traslado.

En el presente caso, no se observan pruebas fehacientes que permitan tener por acreditado que el fondo privado brindó, en el momento del traslado, una información integral de las condiciones subjetivas de la afiliada, con explicación de las ventajas y desventajas de la reubicación entre regímenes y su incidencia en su caso particular, de tal manera que aquel pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas. Esto es, el Fondo privado incumplió su deber de información, al no suministrar, de modo claro y preciso, las características, consecuencias y efectos del cambio de régimen.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, no se vislumbra confesión alguna respecto del cumplimiento a ese deber de información, manifiesta simplemente la demandante sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado de régimen que, su traslado a PORVENR se dio en el año 1994, cuando trabajaba en la empresa Textimundo, afirmando que el área de gestión humana iba llamando por áreas para la firma del formulario de afiliación, el cual, afirma la actora ya se encontraba diligenciado procediendo solo a su firma; que no tuvo ninguna asesoría por parte de un promotor de dicho fondo, y que solo se le brindó una información muy genérica por parte del área de gestión humana. Y que respecto de su traslado a

PROTECCIÓN S.A. no recuerda con exactitud estas circunstancias, pero que solo le pasaron el formulario de afiliación, procediendo a firmarlo.

De lo expuesto no se deriva que aparezca clara la prueba de un reconocimiento de que los promotores del Fondo privado hubieren informado en detalle las diferencias jurídico-financieras de los sistemas pensionales, con expresión de sus características propias, así como las repercusiones que una decisión de semejante calado podría traerle a la afiliada al momento de hacer efectiva la prestación.

Lo anterior permite dar aplicación al citado artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de que cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social como lo son las AFP, *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”*.

En consecuencia, en este puntual aspecto se **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada en primera instancia.

2. Conceptos a trasladar

De otro lado, en cuanto a decisión de ordenar la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y demás conceptos, tema cuestionado en el recurso de apelación por PORVENIR S.A., basta con indicar que la Sala ha considerado en múltiples pronunciamientos, que es factible ordenar a la AFP correspondiente, que proceda con la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de cada persona, teniendo en cuenta que no es ello más que una consecuencia natural de la ineficacia del traslado, en tanto el estado de cosas vuelve a su situación anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

Criterio que ha adoptado acogiendo lo que en tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la SCL de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como las ya citadas, pero con mayor énfasis en otras como la SL 4964 de 2018 o la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667, rememorada en las sentencias SL 5595 de 2021 y SL 1637 del 11 de mayo de 2022, en las que dijo expresamente lo siguiente:

*“Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, **la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales**, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

(...)

*En el sub lite, **la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos**, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. **Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima**, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”*

De otro lado, es necesario tener en cuenta que, en la sentencia ya referida, la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia fue clara en establecer que la declaratoria de ineficacia de traslado cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el respectivo afiliado “... *aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen...*”.

Dijo además en esa providencia, que:

“Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.”

En consecuencia, la decisión de ordenar la devolución de los conceptos descontados por cuotas de administración, incluyendo las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, a cada una de las entidades deberá ser **CONFIRMADO**, sin embargo, no puede pasar por alto la Sala, que el porcentaje de la cotización descontada para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por mandato legal lo manejan los Fondos de Pensiones en una cuenta especial, la que solo se afecta con el consentimiento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual aprueba la garantía de pensión mínima conforme lo establece el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, y es por tal razón, que PORVENIR S.A. como PROTECCIÓN S.A. deberán gestionar la autorización para el traslado de dicho concepto, y en caso tal de no otorgársele, podrán acudir a la justicia ordinaria para que esta defina lo pertinente, debiéndose **ADICIONAR** la sentencia en este sentido.

Todo lo anterior sin que resulte procedente la declaratoria de prescripción toda vez que no se cumplen las condiciones para tal efecto

según ha sido tratado en múltiples providencias como por ejemplo en la sentencia SL 2058 del 4 de mayo de 2022, rad. 89282:

“En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021).”

Además, tampoco puede hablarse de prescripción de los dineros descontados por concepto de cuotas de administración, seguros y reaseguros y fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que cualquier obligación que surja a cargo de la respectiva AFP, como ciertamente lo es la de restituir estos conceptos, se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de la sentencia, sumado al hecho de que tales conceptos están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación, y en consecuencia, al estar ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidas a la prescripción.

Se advierte igualmente que la orden a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. de trasladar las cuotas de administración, seguros previsionales y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima deben incluir la respectiva **indexación**, aclarando que solo es sobre estos conceptos, pues así lo ha entendido igualmente la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En ese aspecto, dicha Corporación ha ordenado tal indexación y lo ha hecho de forma más clara en las sentencias SL 3349-2021, SL359-2021 y SL3394-2022, en las que concluyó, entre otras cosas, que uno de los efectos de la declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen pensional, es que *"... todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, esto es, que mantendrán su poder adquisitivo inicial, por lo que se deben indexar."*

3. Pensión de vejez y retroactivo pensional

Finalmente, no existe duda alguna en cuanto que, según lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la demandante acredita los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez, pues al haber nacido el 6 de mayo de 1965, significa que los 57 años los tiene acreditados desde el mismo día y mes del año 2022.

De otro lado, de acuerdo al reporte de cotizaciones que fuera aportado por la demandada PROTECCIÓN S.A. actualizado hasta el mes de abril de 2023, se evidencia que la actora acreditaba, para ese entonces, un total de 1.387 semanas cotizadas en toda su vida laboral, las que sin duda resultan superiores a las 1.300 exigidas en aquella disposición legal, por lo que la decisión del Juez de primera instancia de reconocer la pensión de vejez se encuentra ajustada a derecho.

Frente a la inconformidad presentada por la apoderada de COLPENSIONES en cuanto a la imposibilidad de esa entidad de reconocer la prestación económica, justificada en que no se han devuelto los aportes por parte de los fondos privados, como tampoco se ha realizado el estudio en sede administrativa de los mismos por parte de COLPENSIONES, que el trámite del traslado de los dineros ordenados corresponde a una actuación administrativa que involucra

solo a los fondos de pensiones, sin que pueda afectar o perjudicar a la demandante, pues no se puede pasar por alto, que la orden dada al fondo privado se determinó que fuera “dentro del término de un mes”, lo que permitirá a COLPENSIONES realizar el ajuste del histórico laboral y de aportes, y expedir el acto administrativo a que haya lugar.

Además, no sobra indicar, que no se está violentando el principio de sostenibilidad financiera y fiscal con la orden impuesta a COLPENSIONES sobre el reconocimiento pensional sin esperar la devolución de los aportes, ya que los efectos de la ineficacia es que las cosas vuelven al estado en que se encontraban en forma plena y retroactiva, y con esta decisión se está protegiendo la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media, como lo señala la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877 de 2020.

Ahora, en cuanto a la fecha de reconocimiento de la prestación, es preciso recordar que ésta Sala ha considerado que del texto de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, se infiere, en efecto, que tanto la causación como el disfrute de una pensión de vejez son 2 figuras jurídicas claramente diferenciables y con efectos propios, pues, mientras la causación se da con el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la ley para acceder a la prestación, su disfrute se presenta una vez verificada la desafiliación del régimen.

En tal sentido, se ha dicho de manera reiterada que la desafiliación del régimen supone un acto de declaración de voluntad, proveniente del empleador o del afiliado mismo, informando a la entidad de seguridad social obligada al pago. Sin embargo, ocurre en no pocas ocasiones que el afiliado deja en la práctica de cotizar al sistema una vez reúne los requisitos mínimos de edad y semanas cotizadas para adquirir el derecho a la pensión de vejez, pero no se reporta en el sistema, ni se informa expresamente ante la entidad de seguridad social, la respectiva decisión del Retiro.

Al respecto, esta Colegiatura ha estimado que la novedad de retiro registrada en forma explícita en la historia laboral del afiliado con la letra "R", no es la única forma como puede entenderse que ha operado la desafiliación al sistema, sino que también se configura la desvinculación cuando la persona demuestra, con hechos concretos e inequívocos, su intención de hacerlo, como por ejemplo, con el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos para pensionarse, acompañado del cese definitivo de las cotizaciones, a la par que presenta la solicitud a la entidad para el reconocimiento pensional, todo lo cual no deja duda de su intención de procurar la obtención de la prestación.

Se corrobora en este sentido, que el cese de cotizaciones de la demandante corresponde al período de marzo de 2022, ya que en las historias laborales aportadas figura que en esta fecha se presentó la última cotización al régimen de pensiones.

Así pues, en el caso bajo examen, con las pruebas documentales aportadas al proceso, está acreditado el cumplimiento de las semanas mínimas de cotización (1.387), la edad de 57 años (cumplidos el 6 de mayo de 2022) y la reclamación a la entidad, todo lo cual permite concluir la intención de retirarse o desafiliarse del sistema desde ese momento, lo que resulta suficiente para ordenar el reconocimiento de la prestación desde la última cotización realizada al sistema, tal y como lo realizó el Juez de primera instancia en su sentencia.

Decisión que implica confirmar, además, situaciones accesorias tales como: *i)* el número de mesadas al año reconocidas, de 13, conforme a lo establecido en el párrafo 6 del Acto Legislativo 01 de 2005; *ii)* el valor de la mesada pensional, la cual se ajusta al salario mínimo legal mensual vigente; *iii)* así como la fecha de reconocimiento de la prestación a partir del 6 de mayo de 2022, teniendo en cuenta la última cotización efectuada que corresponde al ciclo de marzo de ese mismo

año, y iv) el valor total reconocido como retroactivo pensional, todo lo cual se encuentra ajustado a derecho.

No hay duda alguna, que a COLPENSIONES le asiste la facultad de descontar el valor de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud en salud, pues esta consecuencia opera por el solo ministerio de la ley con arreglo al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, sobre el retroactivo objeto de condena.

Además, también coincide la Sala con el funcionario *a quo* en cuanto consideró procedente la pretensión subsidiaria de indexación del retroactivo pensional, ya que con tal mecanismo se procura la corrección económica de los créditos demandados judicialmente, con base en la devaluación calculada desde que la respectiva obligación se hizo exigible, y hasta el momento en que se realice el pago efectivo de la misma, pues el valor del retroactivo pensional al no haberse pagado en tiempo oportuno, por el solo transcurso del tiempo, ha perdido poder adquisitivo. De esta manera, el valor reconocido por retroactivo pensional debe ser indexado desde su causación y hasta que se realice el pago efectivo de la obligación.

Constatado todo lo anterior, la decisión del Juez de reconocer la pensión de vejez bajo los parámetros ya expuestos se encuentra ajustada a derecho.

En consecuencia, la sentencia de primera instancia deberá ser **CONFIRMADA.**

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. por haber sido vencidas en el recurso, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.300.000, dividido en partes iguales.

Por 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

R E S U E L V E:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín el día 24 de octubre de 2023, y la **ADICIONA** en el sentido, de que PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., para la devolución de lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, deberán gestionar ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la respectiva autorización para su traslado, y en caso de que no se les autorice, podrán acudir a la justicia ordinaria para que esta defina lo pertinente, conforme se dijo en la parte motiva de esta providencia.

Costas como se dijo en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

John Jairo Acosta Perez

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Francisco Arango Torres

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **0546927ce0e790842ae1878e1dfcd3692ebafa339d1ce46c12016b260ba7258b**

Documento generado en 05/04/2024 01:54:03 p. m.

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://capacitacion.ramajudicial.gov.co:9443/FirmaElectronica>