



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-010-2017-00597-01 (O2-22-412)
Demandante: BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO
Demandadas: AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.274 DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2022
Asunto: INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD - RAIS

En Medellín, a los catorce (14) días del mes de diciembre del año dos mil veintidós (2022), la **Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, integrada por los magistrados MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA, SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, y VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, quien actúa como Magistrado Sustanciador, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL conocido con el radicado único nacional 05001-31-05-010-2017-00597-01 (O2-22-412), instaurado por **BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO** contra la **AFP PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES E.I.C.E.**, en punto a resolver los Recursos de Apelación impetrados por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública accionada, respecto de la sentencia que selló la primera instancia, proferida el 26 de septiembre de 2022 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, “Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y 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 y se dictan otras disposiciones”, se adopta la decisión correspondiente mediante la presente providencia escrita, cuya ponencia fue previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

1. ANTECEDENTES

La señora BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO, actuando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., a fin de que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, y en consecuencia, se

condene a la AFP PORVENIR S.A. a devolverle los aportes realizados con posterioridad al 24 de noviembre de 2016, junto con los rendimientos financieros, para indemnizar los perjuicios materiales, y a pagarle doscientos (200) SMLMV indexados, para indemnizar los perjuicios morales, y se ordene a COLPENSIONES E.I.C.E. recibir los aportes rendimientos y ganancias que le traslade el fondo privado, reconocer la pensión de vejez, y pagar las mesadas comunes y adicionales que se hubieren causado desde el 24 de noviembre de 2016, junto con los intereses de mora, o en subsidio la indexación, o se condene a la AFP PORVENIR S.A. a reconocer el retroactivo pensional y los intereses de mora antes descritos, a manera de indemnización de perjuicios materiales. Subsidiariamente pretende se ordene a la AFP PORVENIR S.A. reconocer la pensión de vejez bajo las condiciones que le habrían correspondido en el RPMPD, pagarle los intereses de mora, o la indexación, devolverle los aportes realizados con posterioridad al 24 de noviembre de 2016, junto con los rendimientos financieros, y pagarle doscientos (200) SMLMV indexados, como perjuicios morales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones expuso que nació el 24 de noviembre de 1959, se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 22 de octubre de 1985, y se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. en el mes de julio de 1995, cuando uno de los asesores del fondo privado le manifestó que el ISS desaparecería, que en el RAIS tenía asegurada la pensión, y podría pensionarse de forma anticipada con una mesada mucho más alta que la que obtendría en el ISS, pero no le explicaron cuáles eran los requisitos que debía acreditar para pensionarse, ni le proyectaron el posible monto de la pensión, ni le informaron que no podría retornar al RPMPD antes de cumplir los 47 años de edad. Aseveró que en respuesta de la petición elevada el 19 de julio de 2016, la AFP PORVENIR S.A. le informó que en RAIS se pensionaría con una mesada de \$689.455, mientras que en el RPMPD habría causado una mesada de \$1.091.140, que tenía la intención de pensionarse a los 57 años de edad, pero tuvo que aplazar su retiro con ocasión del trámite que tuvo que adelantar por el engaño en que la indujo el fondo privado. Finalmente, dijo que ha intentado trasladarse al RPMPD desde el año 2017, petición que reiteró el 31 de mayo de 2012 y el 16 de marzo de 2017, pero que ha sido desestimada.

1.1. Trámite de Primera Instancia

La demanda se admitió el 13 de julio de 2017 (doc.03, carp.01), y se notificó a COLPENSIONES E.I.C.E. el 22 de julio de 2017 (doc.04, carp.01), a la AFP PORVENIR S.A. el 20 de octubre de 2017 (doc.12, carp.01), y la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, el 09 de noviembre de 2017 (págs.108-109, doc.17, carp.01).

COLPENSIONES E.I.C.E. presentó contestación el 16 de agosto de 2017 (doc.05, carp.01), misma en la que admitió que la señora BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO nació el 24 de

noviembre de 1959. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda arguyendo que la demandante eligió de manera voluntaria el RAIS y no le es dado retornar al RPMPD teniendo en cuenta que se encuentra a menos de 10 años para cumplir el requisito de edad. Consecuentemente propuso como previa la excepción de indebida acumulación de pretensiones, por haberse petitionado como principales el reconocimiento de intereses de mora y perjuicios materiales, y como excepciones de fondo las que de nominó inexistencia de la obligación de aceptar el traslado de la demandante, imposibilidad jurídica de cumplir con las obligaciones pretendidas, buena fe, prescripción, compensación e imposibilidad de la condena en costas.

Por su parte, la AFP PORVENIR S.A. radicó contestación el 08 de noviembre de 2017 (doc.17, carp.01), escrito en el que admitió que la señora BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO se afilió a la entidad el 30 de junio de 1995, y que el 11 de octubre de 2016 le informó a la actora que en el RAIS solo se pensionaría con una mesada equivalente a un (1) SMLMV. Sostuvo que la actora suscribió el formulario de afiliación a la entidad de forma libre, voluntaria y autónoma, como muestra de un consentimiento exento de vicios, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ninguna persona, pues su firma es auténtica y su afiliación no ha sido cuestionada en los 23 años que han transcurridos desde que se produjo el traslado, que el asesor comercial de la AFP suministró a la demandante información clara, precisa, completa y suficiente acerca de las características del régimen pensional seleccionado y del RPMPD, que la actora se encuentra excluida de la posibilidad de trasladarse de régimen pensional porque le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima. De consiguiente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y de fondo excepcionó falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, y ausencia de prueba efectiva del daño.

1.2. Sentencia de Primera Instancia

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 26 de septiembre de 2022 (doc.36, carp.01), por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, sentencia en la que se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO al RAIS, y en consecuencia, se declaró que la misma ha permanecido afiliada al RPMPD sin solución de continuidad; se condenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus correspondientes rendimientos, frutos e intereses, los bonos pensionales -si se hubieren redimido-, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados; se

ordenó a COLPENSIONES E.I.C.E. recibir los aludidos valores, incorporándolos como semanas válidamente cotizadas, y a reconocer en favor de la demandante la pensión de vejez prevista en el Decreto 758 de 1990, con el IBL de los 10 últimos años o toda la vida, según resulte más favorable, y una tasa de reemplazo del 90%, prestación que se hará efectiva desde el día siguiente al de la última cotización; se absolvió a la AFP PORVENIR S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra; se declararon improbadas las excepciones impetradas; y se condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A. en favor de la demandante.

Para sustentar su decisión, el cognoscente de primer grado argumentó que a la AFP PORVENIR S.A. tenía la obligación de brindarle a la actora información suficiente, clara y veraz, sobre las diferencias entre el RPMPD y el RAIS, que la carga de la prueba se invirtió en favor de la afiliada, sin que se hubiere acreditado que el fondo privado le hubiere brindado tal información a la demandante, que la declaratoria de la ineficacia conlleva al traslado, no solo de los aportes y rendimientos, sino también de lo descontado de los aportes por concepto de gastos de administración, y que la devolución las referidas sumas debe hacerse de forma indexada, sin determinar específicamente cuáles son los conceptos que se deben indexar.

1.3. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión antes descrita, el apoderado judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. impetró el recurso de alzada (minuto 01:57:20, link audiencia, doc.36), en orden a que se adicione la sentencia de primer grado, con fundamento en el principio de sostenibilidad financiera, se especifique en concreto cual fue la rentabilidad que se generó sobre los aportes efectuados al RAIS y que deben ser trasladados al RPMPD.

Por su parte, la apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A. (minuto 01:58:35, link audiencia, doc.26), interpuso el recurso de apelación en procura de que se revoque la sentencia de primera instancia, arguyendo que la afiliación de la actora cumplió con todos los requisitos necesarios para surtir plenos efectos jurídicos; o para que, en subsidio, no se disponga el traslado de los gastos de administración indexados, siendo que su descuento fue autorizado por el legislador para ambos regímenes, no están destinados a la financiación de vejez, y desconocen la gestión de administración adelantada por la entidad, y que se refleja con los rendimientos financieros.

1.4. Grado Jurisdiccional de Consulta

Teniendo en cuenta que la decisión adoptada en primera instancia, fue adversa a los intereses COLPENSIONES E.I.C.E., la sentencia será examinada bajo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la antedicha entidad, en los puntos que no fueron objeto de alzada.

1.5. Trámite de Segunda Instancia

Los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se admitieron el 08 de noviembre 2022 (doc.02, carp.02), y mediante proveído del día 15 del mismo mes y año (doc.03, carp.02), se corrió traslado a las partes para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, presentaran los alegatos de conclusión por escrito.

COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 16 de noviembre de 2022 (doc.04, carp.02), procurando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, arguyendo que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal para trasladarse de régimen pensional porque le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, y que la obligación impuesta a las administradoras del RAIS de allegar soportes que jurídicamente no estaban obligadas a constituir para la fecha de afiliación, es una carga desproporcional y va en detrimento del principio de confianza legítima; subsidiariamente, solicitó se mantenga incólume la condena referida a la devolución íntegra al RPMPD, y sin ningún descuento sobre los aportes efectuados por la demandante al RAIS.

Por su parte, la AFP PORVENIR S.A. alegó el 18 de noviembre de 2022 (doc.05, carp.02), en orden a que se revoque la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos durante la sustentación del recurso de alzada; y el vocero judicial de la señora BEATRIZ ELENA RESTREPO GALEANO alegó el 28 de noviembre de 2022 (doc.06, carp.02), peticionando la confirmación de la sentencia de primer grado, arguyendo que el fondo privado no demostró que le hubiere brindado a su prohijada la información necesaria para que se surtiera válidamente el traslado de régimen pensional.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., advirtiéndose que con observancia al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CPTSS, el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada; a la par de surtirse la revisión de la sentencia bajo el

grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES E.I.C.E., en los puntos que no fueron objeto de alzada.

2.1. Problemas Jurídicos

El *thema decidendi* en el asunto puesto a consideración de la Sala se contrae a determinar si la afiliación de la señora BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado, deviene en ineficaz, efecto para el que habrá de establecerse si en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional, el fondo privado le garantizó al afiliada el derecho al consentimiento informado; en caso negativo, la Sala se ocupará de determinar cuáles son los efectos jurídicos que devienen de la declaratoria de la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS.

2.2. Sentido del Fallo

La Sala confirmará la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO, por no haberse acreditado que la AFP PORVENIR S.A., le hubiere brindado información completa oportuna, clara y veraz, sobre los efectos que acarrearía el acto jurídico del traslado de régimen pensional; y en cuanto ordenó el traslado de las cotizaciones, los rendimientos financieros, las cuotas de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima; sin embargo, la modificará en el sentido de indicar que los únicos conceptos que se deben indexar, son los que el fondo tendrá que asumir con cargo a su propio patrimonio, y que no se capitalizaron, no así, los rendimientos financieros. Al tiempo de declararse la nulidad parcial del fallo en cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez a la actora, muy a pesar de tener una relación legal y reglamentaria como empleada pública, y la imposición de dicho reconocimiento a una entidad de seguridad social del sector público, presupuestos que determinan la competencia de la jurisdicción especial contenciosa administrativa.

2.3. Solución de los Problemas Jurídicos Planteados

La carga de la prueba es un principio de derecho procesal, encaminado a establecer a cuál de los sujetos del proceso le concierne la aportación de las pruebas, y cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de dicha carga; en su criterio clásico la carga de probar se ha fijado en cabeza de quien afirma los hechos que fundamentan la procedencia del reconocimiento de los derechos debatidos, correspondiéndole al mismo, probar sus aserciones para que el juzgador establezca si es

procedente el reconocimiento de los derechos que reclama, debiéndose desestimar sus pretensiones en caso de que los hechos no aparezcan probados en el proceso.

El concepto prístino de la carga probatoria se compendia en el aforismo romano *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, según el cual, quien afirma un hecho debe probarlo, y quien lo niega, está libre de la carga de probar, regla procesal que guarda concordancia con las previsiones contenidas en el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión analógica a los juicios del trabajo y de la seguridad social, en los términos previstos en el artículo 145 del CPTSS, y por cuya virtud, le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Sea lo primero en señalar que, esta Corporación acoge el criterio jurisprudencial que antaño ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuesto, entre otras sentencias, en la SL del 09-09-2008, radicado 31989, SL del 22-11-2011, radicado 33083, SL-12136 del 03-09-2014, radicado 46292, SL 1688 del 2019, radicado 68838, y SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054, según el cual, la carga de la prueba se invierte en favor de los afiliadas considerando que: (i) las negaciones indefinidas no pueden demostrarse materialmente por quien las invoca, (ii) la afiliada representa la parte débil de la relación contractual en virtud de la posición en el mercado, profesionalismo, y experticia que debe tener las administradoras de fondos de pensiones, y (iii) la demandante tiene menos posibilidades de esclarecer los hechos que se debaten ya que las administradoras de fondos de pensiones son las que tienen el control de la operación; reglas jurisprudenciales que, en criterio del Alto Tribunal, resultan aplicables a todos los procesos en los que se discute la validez del traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho esté consolidado, que la afiliada sea beneficiario o no del régimen de transición, o que esté próximo o no a pensionarse (SL-3202 del 14-07-2021 – Subraya intencional de la Sala).

Previo a dirimir la controversia planteada, se advierte que no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: que la señora BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO nació el 24 de noviembre de 1959 (pág.19, doc.01), se afilió al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 22 de octubre de 1985 (págs.50-51, doc.01, carp.01; págs.70-72, doc.01, carp.01), y se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., el 30 de junio de 1995 (pág.65, doc.01, carp.01).

En igual sentido, no se controvierte que el 03 de septiembre de 2007 le solicitó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar el saldo de su cuenta de ahorro individual al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (pág.26, doc.01, carp.01), petición que fue rechazada el 23 de agosto del mismo año, en razón de la edad (pág.27, doc.01, carp.01); que el 31 de mayo de 2012 le solicitó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES autorizar su retorno al RPMPD (págs.20-22, doc.01, carp.01),

pedimento que reiteró ante COLPENSIONES E.I.C.E. el 16 de marzo de 2017 (pág.23, doc.01, carp.01), y que fue denegado en la misma fecha porque se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse (pág.24, doc.01, carp.01).

Así mismo, obra constancia de que el 08 de agosto de 2013 la AFP PORVENIR S.A. proyectó que la señora BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO se pensionaría en el RAIS con una mesada pensional de \$589.500 a los 57, 58 o 59 años de edad (págs.68-69, doc.17, carp.01), que el 28 de julio de 2016 proyectó que a los 60 años se pensionaría en el RAIS con \$689.455, mientras que el RPMPD habría causado una mesada de \$993.600 (págs.93-96, doc.17, carp.01), que el 10 de octubre de 2016 proyectó que a los 57 años de edad se pensionaría en el RAIS con \$689.455, mientras que el RPMPD habría causado una mesada de \$1.091.140 (págs.33-41, doc.01, carp.01), y que el 26 de diciembre de 2019 proyectó que a los 60 años de edad se pensionaría en el RAIS con \$828.116, mientras en el RPMPD la pensión habría sido de \$1.378.800 (doc.30, carp.01).

Finalmente se encuentra acreditado que la actora arribó a los 57 años de edad el 24 de noviembre de 2016 (pág.19, doc.01, carp.01), que para el 06 de octubre de 2016 había cotizado 1.037 semanas (págs.42-49, doc.01, carp.01), y para el día 26 del mismo mes y año había acumulado \$82.075.741 en su cuenta de ahorro individual (págs.73-90, doc.17, carp.01).

2.3.1. La ineficacia de la afiliación y la libertad de la selección de régimen

El Sistema General de Seguridad Social fue diseñado como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, para que la ciudadanía pueda gozar de una calidad de vida digna, mediante la cobertura integral de las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica (preámbulo de la Ley 100 de 1993); de forma subsecuente, el Sub-Sistema General de Pensiones fue diseñado para garantizar el amparo ante las contingencias de vejez, invalidez y muerte, y en aras de dar cumplimiento al objetivo trazado por el legislador, se establecieron dentro de estos dos regímenes excluyentes pero coexistentes: el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Las administradoras de ambos regímenes ostentan la naturaleza de entidades previsionales (artículo 90 de la Ley 100 de 1993, artículo 4º del Decreto 656 de 1994), característica que les exige formación en la ética del servicio público, y las ubica el campo de la responsabilidad profesional.

La selección del régimen es libre y voluntaria, y para tal efecto, al momento de la vinculación o del traslado, el afiliado debe manifestar su elección por escrito (literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993), y frente al desconocimiento de aquel derecho a la libertad de selección,

proceden las sanciones de que trata el inciso 1° del artículo 271 ibídem, esto es, la ineficacia de la afiliación y la imposición de una multa a cargo de la persona natural o jurídica que hubiere impedido o trasgredido de cualquier forma el derecho de selección de régimen pensional. Como colofón de ello, para que se perfeccione el cumplimiento de las obligaciones y derechos antes descritos, a las administradoras de fondos de pensiones se les impone un obrar acorde a la trascendencia de la labor que cumplen, obligaciones que emanan del principio de la buena fe y que se contraen a la transparencia, la vigilancia y el deber de información, dentro del ejercicio de un buen consejo, tal y como lo ha entendido el órgano jurisprudencial de cierre (CSJ SL del 09-09-2008, radicado 31989, SL del 22-11-2011, radicado 33083, SL-12136 del 03-09-2014, radicado 46292, SL-1688 del 2019, radicado 68838, y SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054).

La línea jurisprudencial antes descrita contempla el precedente judicial por seguir, y del que se desprende: (i) que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación; (ii) que el formulario de afiliación es insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado; (iii) que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor del afiliado como parte débil de la relación procesal; (iv) que permanecer en un régimen pensional por largos años, o que se le haya re-asesorado, o que haya tenido tímidas comunicaciones con la AFP, o que hubiere realizado traslados entre las diferentes administradoras de pensiones del RAIS, no ratifica ni convalida el acto de afiliación y traslado viciado de ineficacia; (v) que el fenómeno extintivo de la prescripción no opera respecto de la pretensión de ineficacia de la afiliación, ya que la sentencia que declara la misma, en realidad lo que hace es constatar un estado de cosas surgido con anterioridad al inicio de la Litis; y (vi) que la administradora que indujo en error al afiliado para trasladarlo al RAIS, tiene la obligación de devolver al régimen de prima media el 100% de los aportes efectuados por el afiliado, asumiendo a su cargo los deterioros o menguas que estos hubieren sufrido (Subrayas de la Sala).

Ahora bien, conviene precisar que para la fecha en que la señora BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO se trasladó de régimen pensional, 30 de junio de 1995 (págs.65, doc.01, carp.01), la AFP PORVENIR S.A., tenía la obligación de brindarle información detallada sobre los efectos del traslado, en los términos previstos en los artículos 13, literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, y en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, lo que en términos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consiste en “... ilustrar a sus potenciales afiliadas, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las

implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales" (SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054 – Subraya intencional de la Sala), de lo cual, únicamente se adosó al plenario el formulario de afiliación págs.65, doc.01, carp.01), documental que no refleja de manera alguna que al promotor del juicio se le hubiere prestado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP PORVENIR S.A. hubiere cumplido con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto no basta explicar los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron materia de análisis previo, o cuando menos, al momento de efectuarse la afiliación y traslado al régimen pensional.

En este punto, estima pertinente la Sala acotar que el hecho de que la AFP PORVENIR S.A. no cuente con ningún soporte documental sobre la asesoría brindada al afiliada, previo de efectuarse el traslado de régimen pensional, y afirme que la información solo le fue brindada de manera verbal, deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegar un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que la Superintendencia Financiera de Colombia indica deben reunirse, sino que se requiere acreditar la efectiva asesoría integral brindada en la antesala del traslado de régimen, ilustrando al interesado sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, con la observación de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debían efectuarse aportes voluntarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones; que para causar la pensión de vejez se debe contar con una suma dineraria mínima en la cuenta de ahorro individual; que la existencia de eventuales beneficiarios por sobrevivencia incrementan dicha suma mínima requerida, entre otras particularidades, en razón a que la asesoría no solo debe estar encaminada a persuadir a la afiliada con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe atender también a que la afiliada pueda lograr la prestación económica que mejor se acompase con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

De igual forma se advierte que, aunque en el interrogatorio de parte rendido por la señora BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO (desde el minuto 33:45, link audiencia, doc.36), ésta admitió que había suscrito el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., no puede soslayar la Sala que el deber de información solo se satisface con la evidencia de que la decisión de la afiliada haya sido libre e informada, lo que no se logra acreditar por parte de la AFP

PORVENIR S.A., máxime si se tiene en cuenta que, por el contrario, la demandante manifestó que solo recibió una asesoría grupal en la que le informaron que ISS se iba a acabar, y que en el fondo privado se pensionaría con menos edad, y con una mesada más alta, pero no le informaron cuáles eran los requisitos que debía acreditar para poderse pensionar.

También es del caso resaltar que la AFP PORVENIR S.A. no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el asesor que atendió a la accionante en el momento en el que se produjo el traslado de régimen pensional, cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible al potencial afiliada, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994. A *contrario sensu*, la falta de soporte documental de que trata el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, permite inferir que el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales, sin que resulten relevantes las manifestaciones ambiguas y generales realizadas por el extremo activo en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las argumentaciones referidas al nivel académico de la actora en un tema de tan especial y de alta complejidad, ni las referencias a que la afiliada no realizó indagaciones de su situación pensional por su cuenta, en tanto el deber de brindar tal información corresponde *ope legis* a la administradora de fondos de pensiones, y no a la afiliada.

Finalmente, conviene ahincar que la jurisprudencia ha precisado que “... *la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC). Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia*” (CSJ SL-1467 del 24-04-2021, radicado 85037).

En consonancia con lo anterior, habrá de impartirse confirmación a la decisión de instancia, en cuanto dispuso la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO.

2.3.2. Los efectos de la ineficacia de la selección de régimen

En lo que concierne a los efectos que devienen de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS, es menester indicar que tal devolución debe ceñirse a los términos previstos en el artículo 1746 del CC, en consonancia a lo pregonado por el máximo tribunal de esta

jurisdicción (CSJ SL del 09-09-2008, radicado 31898, SL-4989 del 14-11-2018, radicado 47125, y SL-1429 del 09-04-2019, radicado 68202), a la vez de que COLPENSIONES E.I.C.E. tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que exista alguna circunstancia impeditiva para ella, por el simple hecho de ser un tercero respecto del acto jurídico del que se declarará la ineficacia, por la potísima razón de que administra el RPMPD, al que se encontraba afiliada la señora BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO antes del traslado de régimen pensional.

Importa recordar lo expuesto en la sentencia CSJ SL-2877 del 29-07-2020, radicado 78667, en la que, sobre los efectos de la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico como el aquí analizado, adocrinó *"... De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. [...] a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado"*, y al abordar el tema de las implicaciones y consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, el máximo tribunal de esta jurisdicción precisó:

"i) que ésta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida;

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por la promotora del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones".

Así pues, la ineficacia del traslado conlleva precisamente a que el fondo privado de pensiones devuelva todas las cotizaciones que hubiere recibido, incluyendo lo correspondiente al porcentaje que por gastos o comisión de administración haya descontado de las

cotizaciones, así como también lo descontado para cubrir los aportes al fondo de garantía de pensión mínima (artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, Sentencia SU-062 de 2010) y los gastos de la aseguradora (primas previsionales), pues carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de la información exigida, de no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida la AFP PORVENIR S.A. sin razón financiera atendible, pues a pesar de que tales descuentos tuvieron un fundamento legal y sirvieron en su momento a un propósito previamente establecido como lo es el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, la administración financiera de las cotizaciones o el fortalecimiento financiero de un fondo de garantía, aquellos nunca se hubieran practicado, de no haberse efectuado la afiliación y traslado de régimen pensional.

En aditamento a lo anterior, esta Sala considera que hay lugar al traslado de la totalidad de las sumas que la AFP PORVENIR S.A. hubiere recibido con ocasión de la afiliación de la señora BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO, a propósito de que engrosen el fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES E.I.C.E., en virtud de las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, de modo que, se garantice no solo la sostenibilidad financiera del sistema, sino también la plena realización del principio de solidaridad de que trata el artículo 2 ibídem; por demás, no hay lugar a reconocer restituciones mutuas, pues como se predica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia antes referenciada (SL-2877 del 29-07-2020, radicado 78667), se deben devolver todos los rubros descontados de las cotizaciones, y si bien no pasa por alto esta Sala la existencia de un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en contrario, es preciso indicar que el mismo se refiere a los traslados a instancia de la afiliada y no como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, y que en últimas, tal acto no es de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales, allende que, la Sala se aviene a la línea jurisprudencial que en derredor del tema ha venido desarrollando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quedó dicho *in extenso* en líneas anteriores.

En lo que concierne a la indexación de las partidas descontadas de la cotización y sujetas a traslado, cumple señalar que aunque la actualización monetaria no hubiere sido objeto de impetración con la demanda, debe procederse a su reconocimiento, en tanto que la misma conlleva el reconocimiento del efecto de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda de las sumas descontadas de las cotizaciones por concepto de cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, prohijándose el criterio jurisprudencial expuesto en la reciente Sentencia SL950-2022 del 02/03/2022, emitida por la H. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Sobre este particular, conviene apuntalar que la actualización monetaria debe ordenarse, incluso de manera oficiosa, siguiendo el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia SL-950-2022, en la que rememora: *"... la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones [...]. De igual modo, la AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo en sus propios recursos".*

En el mismo sentido, viene a propósito ahincar en que la indexación de los rendimientos financieros resulta improcedente, siendo que dichos conceptos tienen un origen y naturaleza diferente, referido a la rentabilidad alcanzada por los fondos privados en el desarrollo de sus operaciones de inversión para alcanzar réditos; de consiguiente, tal condena deberá ser revocada, y en su lugar, se modificará el fallo de instancia en el sentido de indicar que las únicas sumas que se deben indexar son las cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, siguiendo los lineamientos de la sentencia C-424 de 2015, en la que el máximo tribunal constitucional memoró que en sede del grado jurisdiccional de consulta también debe examinarse la legalidad del fallo materia de la misma: *"Pese a que la jurisprudencia ha considerado que este mecanismo de control jurisdiccional de consulta no es propiamente un medio de impugnación, cuenta con una estrecha relación con los principios de derecho de defensa, debido proceso y doble instancia, sin que a la misma le sean aplicables todos los principios y garantías de la apelación, tanto así, que el juez que asume conocimiento en grado de consulta no está limitado por el principio de non reformatio in pejus, sino que oficiosamente puede hacer una revisión del fallo".*

Y en últimas, en razón a que a COLPENSIONES E.I.C.E. con dicha decisión no se le desconoce ningún derecho, u ocasiona un perjuicio, pues además con el reconocimiento de la indexación de los rubros descontados atrás referidos, se responde de manera suficiente a los intereses de dicha entidad de seguridad social pública, frente a la integridad de los aportes que le serán trasladados para financiar la reclamación pensional futura por la accionante.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia de primer grado, en cuanto ordenó el traslado de las cotizaciones, los rendimientos financieros, las cuotas de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima; pero la

modificará en el sentido de indicar que los únicos conceptos que se deben indexar, son los que el fondo tendrá que asumir con cargo a su propio patrimonio, y que no se capitalizaron, no así, los rendimientos financieros, modificación que se considera necesaria siendo que el cognoscente de primer grado no determinó específicamente cuáles eran los conceptos que se debían indexar.

2.3.3. La excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, se memora que “... 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” (SL-1465 del 21-04-2021, radicado 87050), a más de que esta Sala ha sido del iterativo criterio que en esta clase de procesos, la consecuencia jurídica inmediata de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen impone el traslado de las aportaciones de manera íntegra, y al tratarse de un asunto íntimamente ligado con la materialización del derecho a la pensión de vejez, de naturaleza imprescriptible, unívoco tratamiento ha de reconocérsele, como así lo decantó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL-361 del 13-02-2019, radicado 63615.

2.3.4. La pensión de vejez

Resuelto como está, que la demandante debe entenderse afiliada al RPMPD sin solución de continuidad, y frente a la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez, advierte la Sala que la demandante ostenta la calidad de empleada pública, siendo que el MUNICIPIO DE ITAGÜÍ certificó que desde el 29 de enero de 1992 la señora BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO labora al servicio de la administración municipal, y se encuentra inscrita en carrera administrativa, en el cargo de “Auxiliar Administrativa”, adscrito a la secretaría de servicios administrativos de la entidad territorial (doc.33, carp.01), ítem en derredor del cual, ha de asuntarse que “(...) la regla general (...) [es que] quien presta sus servicios a un ente territorial es un empleado público y sólo por excepción podrá ser trabajador oficial el que se ocupa en la construcción y sostenimiento de las obras públicas” (SL20738-2017).

Luego, si bien la declaración de ineficacia de la afiliación y traslado al RPMPD, es competencia de la especialidad laboral, puesto que para los efectos del sistema de seguridad social integral no es necesario tener en cuenta la naturaleza jurídica del vínculo ni los actos que reconocieron o negaron un derecho sustancial en esa materia, sino la relación afiliado, beneficiario o usuario, como quiera que en el *sub lite* también se persigue el reconocimiento del derecho pensional de una empleada pública, vinculada a la

administración mediante una relación legal y reglamentaria, y la entidad que debe reconocerle la pensión, como en el presente caso, es una entidad pública, como lo es COLPENSIONES E.I.C.E., la competencia para resolver este punto recae en la jurisdicción contencioso administrativa, en términos del numeral 4º del artículo del CPACA, el cual señala que tal jurisdicción conoce de los asuntos "... relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público", al tiempo que en el párrafo señala que "Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%."

Sobre este tema, vale destacar el proveído dictado por la Corte Constitucional A-406 de 2021, en el que, al definir un conflicto de jurisdicción, consideró que: "... según el artículo 12 de la Ley 270 de 1996, la jurisdicción ordinaria conocerá de todos los asuntos que no estén asignados a cualquier otra. Por su parte, el artículo 2.4 del Código Procesal del Trabajo señala que la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral, estudiará "las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos".

Y más adelante, concluyó la Corte que: "(...) **si al momento de causar la pensión el demandante tuvo la calidad de empleado público, y si una persona de derecho público administra el régimen de seguridad social que le aplica, la jurisdicción de lo contencioso administrativo deberá conocer el asunto. En concreto, en las controversias en materia de seguridad social, la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa se determina mediante dos factores concurrentes: la naturaleza jurídica de la entidad demandada y la calidad jurídica (determinada por la naturaleza del vínculo laboral y las funciones que desempeña) del sujeto que demanda**" (negrita de la sala).

Memoró la Corte Constitucional, que para el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura la naturaleza de la vinculación del trabajador, al momento de causar la prestación, determina la jurisdicción competente, criterio que se justifica en la necesidad de establecer un hito que permita definir a cuál autoridad corresponde decidir el asunto. Además, acotó que el numeral 4º del artículo 104 del CPACA, se refiere de manera exclusiva a la categoría de "servidores públicos", con la precisión de que la competencia se circunscribe al examen de la relación legal y reglamentaria, la cual es predicable de los empleados públicos. Concluyendo que, si al momento de causar la pensión la parte actora

tiene la calidad de empleado público, y si una persona de derecho público administra el régimen de seguridad social que le aplica, la jurisdicción de lo contencioso administrativo deberá conocer el asunto; puntualizando que en las controversias en materia de seguridad social, la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa se determina mediante dos factores concurrentes: la naturaleza jurídica de la entidad demandada y la calidad jurídica del sujeto que demanda.

Ahora, si bien es cierto, que con antelación a la declaratoria de ineficacia la demandante estuvo afiliada a una administradora de fondos de pensiones privada, ciertamente con la declaratoria de ineficacia dispensada se presenta el retorno automático de la actora al RPMPD sin solución de continuidad sobre la ficción jurídica de que nunca se trasladó de este régimen pensional, vale decir, de COLPENSIONES E.I.C.E., entidad pública a la que se ordena el reconocimiento pensional, siendo que las pretensiones de que se declare la ineficacia de la afiliación y traslado al RAIS y el reconocimiento pensional por parte de COLPENSIONES E.I.C.E son ambas principales y deben ventilarse por vías judiciales diferentes.

En consecuencia, debe declararse la nulidad parcial de la sentencia de primera instancia, únicamente en cuanto ordena reconocer la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E. y con arreglo a los artículos 16 y 133, numeral 1º, del CGP, la Sala se abstiene de conocer la apelación y consulta frente al reconocimiento pensional, disponiéndose la ruptura de la unidad procesal, para que el *a quo* proceda a compulsar copia de todo lo pertinente y remitirla a la oficina judicial reparto de los juzgados administrativos de este distrito judicial, a fin de que se pronuncien sobre la reclamación de la pensión instada.

Nulidad parcial que se estima procedente, aplicando los predicamentos de la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-537 de 2017, en la que analizó la inexequibilidad de los artículos 16; 132; 133 y especialmente su numeral 1; 134, inciso 1; de cara a la expresión "*ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla*", y de la que se puede concluir que en lugar de revocar los numerales relacionados con el reconocimiento del derecho pensional, lo procedente es la declaratoria de nulidad parcial de la sentencia de primera instancia, en cuanto que reconoció el derecho a la pensión de vejez de la accionante como empleada pública al servicio de la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, nulidad insaneable por los factores subjetivo y funcional, lo cual conlleva también a conservar la validez de todo lo actuado.

Sobre el punto, el tribunal constitucional señaló: "*... Ahora bien, el carácter improrrogable de la competencia del juez por los factores subjetivo y funcional determina que, a pesar de preservar la validez de lo actuado, en la materia regida por el CGP, que no incluye los asuntos*

penales, y para respetar el derecho al juez natural, sin sacrificar otros derechos, no opera en todos los casos la regla perpetuatio jurisdictionis, la que conduciría a que una vez asumida competencia por el juez, independientemente de si esta atribución fue adecuada o no, su competencia se prorroga o extiende hasta la sentencia misma. Por el contrario, la manera como el legislador, válidamente desde el punto de vista constitucional, quiso realizar el derecho al juez natural consistió en determinar que (i) una vez se declare la falta de jurisdicción o la falta de competencia del juez, éste deberá remitir el asunto al juez competente; (ii) el juez que recibe el asunto debe continuar el proceso en el estado en el que se encuentre, porque se conserva la validez de lo actuado; (iii) estará viciado de nulidad todo lo actuado después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia; y (iv) el juez incompetente no podrá dictar sentencia y, por lo tanto, la sentencia proferida por el juez incompetente deberá ser anulada y el vicio de ésta no es subsanable." (C-537 de 2016)

En adición, son varios los precedentes judiciales en los que se declara la nulidad parcial de la sentencia del inferior funcional, tal y como lo viene realizando la Corte Constitucional en providencias como en la A-186 de 2017, mediante el cual dispuso: "*Declarar la NULIDAD PARCIAL del enunciado "... y en su lugar, tomar las decisiones que se enuncian en esta providencia" contenido en el primer ordinal resolutivo del Auto 186 del 17 de abril de 2017, así como las órdenes de reemplazo comprendidas en los ordinales segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo dictadas en ese mismo proveído*". Todo lo cual, estima la Sala, permite dar un normal trámite a la pretensión principal de reconocimiento pensional, como un derecho fundamental de la persona, y garantiza la tutela efectiva del mismo, en desarrollo de los postulados de una pronto y cumplida justicia, sin caer en el terreno de la denegación de justicia.

Colofón de todo lo anterior, la Sala declarará la nulidad parcial de la sentencia venida en apelación y consulta, disponiéndose la ruptura de la unidad procesal con el fin de que el a quo proceda a compulsar copia digital de todo lo pertinente y la remita a la oficina judicial reparto de los juzgados administrativos de este distrito judicial, a fin de que se pronuncien sobre la reclamación de la pensión instada; la confirmará en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO, por no haberse acreditado que la AFP PORVENIR S.A., le hubiere brindado información completa oportuna, clara y veraz, sobre los efectos que acarrearía el acto jurídico del traslado de régimen pensional; y en cuanto ordenó el traslado de las cotizaciones, los rendimientos financieros, las cuotas de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima; pero la modificará en el sentido de indicar que los únicos conceptos que se deben indexar, son los que el fondo tendrá que asumir con cargo a su propio patrimonio, y que no se capitalizaron, no así, los rendimientos financieros.

3. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, las costas de la segunda instancia estarán a cargo de la AFP PORVENIR S.A., por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación propuesto, y con arreglo a lo previsto en el Acuerdo PSAA 16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho, a favor de BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO, la suma de \$1.000.000, que corresponde a un (1) SMMLV, siendo el tope mínimo. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E., siendo que la sentencia se analizó integralmente a su favor, en virtud al grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, Sala Quinta de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

4. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2022, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO en contra de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., y con arreglo a lo previsto en los artículos 16 y 133, numeral 1º, del CGP, abstenerse de conocer el Grado Jurisdiccional de Consulta frente al reconocimiento pensional deprecado, disponiéndose la ruptura de la unidad procesal, para que en su lugar, el a quo proceda a compulsar copia digital de todo lo pertinente y la remita a la oficina judicial reparto de los juzgados administrativos de este distrito judicial, a fin de que se pronuncien sobre la reclamación prestacional instada por la empleada pública demandante.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de fecha y origen conocidos, el cual quedará del siguiente tenor literal:

***“SEGUNDO:** CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, y que obren en su cuenta de ahorro individual, esto es, las cotizaciones y los rendimientos financieros, así como lo descontado durante la vigencia de su afiliación al fondo privado por concepto de cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, junto con todos los frutos, intereses y rendimientos que se hubieren*

causado, tal y como lo dispone el artículo 1746 del CC, descuentos que deberá asumir con cargo a su propio patrimonio, y que deberá trasladar debidamente indexados".

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de fecha y origen conocidos.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. fijándose como agencias en derecho, en favor de BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO, la suma de \$1.000.000, que corresponde a un (1) SMMLV. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**, acogiendo el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vertido en el Auto AL-2550 del 23-06-2021, radicado 89.628, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Déjese copia digital de lo decidido en la Secretaría de la Sala, previa anotación en el registro respectivo, y **DEVUÉLVASE** el expediente electrónico al juzgado de origen.

Se declara así surtido el presente acto y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Magistrada


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL

Se deja constancia de que las anteriores firmas corresponden a las firmas originales de los magistrados que integran la Sala Quinta de Decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario



SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Proceso: ORDINARIO LABORAL

Radicado: 05001-31-05-010-2017-00597-01

Demandante: BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO

Demandadas: AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.

Procedencia: JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Fecha: Diciembre 14 de 2022

Con total respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, presento salvamento de voto parcial frente a la decisión, en lo concierne al numeral primero de la sentencia de segunda instancia en el cual se resuelve: “*DECLARAR la nulidad parcial de la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2022, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por BEATRÍZ ELENA RESTREPO GALEANO en contra de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., y con arreglo a previsto en los artículos 16 y 133, numeral 1º, del CGP, abstenerse de conocer el Grado Jurisdiccional de Consulta frente al reconocimiento pensional deprecado, disponiéndose la ruptura de la unidad procesal, para que en su lugar, el a quo proceda a compulsar copia digital de todo lo pertinente y la remita a la oficina judicial reparto de los juzgados administrativos de este distrito judicial, a fin de que se pronuncien sobre la reclamación prestacional instada por la empleada pública demandante.*”, con fundamento en las siguientes razones:

En el sublite la accionante tiene la calidad de empleada pública, se encuentra afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de un Fondo Privado, y pretende en esta causa judicial la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS y consecuentemente el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones.

Si bien no se discute la calidad de empleada pública de la señora *Beatriz Elena Restrepo Galeano*, es claro que se encuentra afiliada a una AFP privada y en ese sentido la jurisdicción competente para decidir las pretensiones, bajo la situación vigente a la data de presentación de la demanda, es la jurisdicción ordinaria laboral, conforme al numeral 4 del artículo 104 del Código Contencioso Administrativo, que dispone:

“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en [la Constitución Política](#) y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

(...)

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

Ahora bien, la pretensión del reconocimiento de la pensión de vejez, es consecuencial a la ineficacia de la afiliación a Porvenir S.A y, por lo tanto, la accionante no podía escindir las pretensiones para solicitar la pensión por parte de Colpensiones ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

En este sentido la Corte Constitucional, entre otros, en los Autos 406, 784, 941 y 952 de 2021 y 401 de 2022, al resolver el conflicto negativo de competencia propuesto entre jueces de la jurisdicción ordinaria laboral y la jurisdicción contenciosa administrativa, respecto a casos de iguales contornos fácticos y jurídicos, fija la competencia en la jurisdicción ordinaria laboral:

“La jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de seguridad social es la competente para conocer las controversias sobre nulidad o ineficacia de afiliaciones al RAIS, por cuanto el régimen de la seguridad social es administrado por una persona jurídica de derecho privado. En esa medida, no se cumple con uno de los requisitos establecidos por el numeral 4° del artículo 104 del CPACA, para efectos de asignar la competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

Se resalta que la citada Corporación definió en los asuntos estudiados la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, para conocer del proceso, esto es, resolver ambas pretensiones, sin proponer la ruptura de la unidad procesal, para separar así la pretensión de declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS, de la pretensión del reconocimiento del derecho pensional, por parte de la entidad pública.

Y en el Auto 494 de 2021, sobre esta pretensión consecuencial, específicamente señaló:

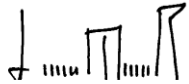
“19. Finalmente, se aclara que la pretensión pensional de la accionante no altera la competencia, en la medida que esta depende de la determinación que se adopte sobre la solicitud principal de la demanda relativa a la ineficacia del traslado de régimen pensional, actuación que se predica de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., sociedad comercial de naturaleza privada.”

En este contexto, a juicio de la suscrita, se presenta un fuero de competencia por atracción respecto a la pretensión de reconocimiento pensional, porque hasta el fallo la seguridad social de la empleada pública demandante, es administrada por una persona jurídica de orden privado.

En adición a lo anterior, esta postura resulta más acorde con la realización de los principios de celeridad y economía procesal, pues con la declaratoria de nulidad se posterga el reconocimiento y disfrute de un derecho social fundamental como lo es la pensión de vejez.

En este sentido, en mi criterio, la jurisdicción ordinaria laboral sí es competente para resolver la pretensión de pensión de vejez y en consecuencia, la sentencia debió ser confirmada en este punto.

Con toda atención



SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE
Magistrada