



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: LUZ MARINA GARZÓN CARDONA
DEMANDADO: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y MINISTERIO DE
HACIENDA Y CRÉDITO-OBP
RADICADO: 050013105 – 016-2019-00089-01
ACTA N°: 2

La Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN** y **MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA**, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **LUZ MARINA GARZÓN CARDONA** para pronunciarse en virtud los recursos de apelación interpuestos por la **DEMANDANTE** y **PROTECCIÓN S.A** así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Décimo Sexto Laboral del Circuito de Medellín finalizó la primera instancia.

La Magistrada del conocimiento, doctora Ana María Zapata Pérez, declaró abierta la audiencia. A continuación, la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 2** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

La DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i) Que SE DECLARE** la nulidad o la ineficacia o la inexistencia del traslado de la parte actora del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD en PROTECCIÓN; y en consecuencia, que las cosas deben volver al estado en el que se encontraban. **ii) COLPENSIONES** deberá recibir a a la parte demandante como afiliada, COBRAR o RECIBIR el valor de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual recibidos por la afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto. REALIZAR el cómputo de semanas cotizadas por toda la vida laboral. **iii) SE CONDENE** a PROTECCIÓN S.A al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales causados a la parte demandante que estima en 200 SMMLV. y se **CONDENE** A COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de veje, intereses moratorios y la indexación de las sumas que lo permitan. **iv) SE CONDENE** a los demandados al pago de las costas del proceso.

¹ Carpeta 01PrimeraInstancia/01ExpedienteDigitalizado. Pág. 1-20

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** Nació el 25 de febrero de 1960. Durante su vida laboral estuvo afiliada al I.S.S. hoy COLPENSIONES. Se trasladó a PROTECCIÓN S.A. suscribiendo formulario en el mes de agosto de 1999. **ii)** Relata que PROTECCIÓN S.A. no asesoró de manera técnica y adecuada a la demandante a la hora de tomar la decisión de afiliarse a esa entidad. La decisión de trasladarse no fue espontánea, voluntaria y libre pues al ocultársele información definitiva, la parte demandante tomó la decisión bajo engaño, cautivada por las supuestas bondades del Sistema que le ofreció el Asesor de PROTECCIÓN S.A. **iii)** Asegura que a la fecha la demandante cumple con todos los requisitos legales para acceder a la pensión en el Régimen de Prima Media, y que la indebida asesoría le ha causado perjuicios.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLPENSIONES²

La administradora del Régimen de Prima Media **se opuso a la prosperidad de las pretensiones** por carecer de fundamentación fáctica y legal. Propuso como excepciones las que denominó:

INEXISTENCIA DE LA NULIDAD/INEFICACIA DEL TRASLADO AL RAIS, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE RECONOCER Y PAGAR PENSION DE VEJEZ, RETROACTIVO PENSIONAL E INTERESES MORATORIOS, SANEAMIENTO DE LA NULIDAD RELATIVA ALEGADA POR LA PARTE DEMANDANTE ADUCIENDO QUE FUE INDUCIDA EN ERROR, PRESCRIPCION, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, BUENA FE DE COLPENSIONES, EXCEPCION INNOMINADA.

2.2. PROTECCIÓN S.A.³

La entidad presentó **oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas**, propuso para su defensa las excepciones que denominó: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, FALTA DE JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS COMO REQUISITO PROCESAL, AUCENCIA DE RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A LA DEMANDADA, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PUBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, INNOMINADA O GENÉRICA.

2.3. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.⁴

La cartera ministerial **se opuso a la totalidad de las pretensiones**, señalando: **i)** LUZ MARINA GARZON CARDONA se encuentra afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desde el 29 de Julio de 1999, cuando suscribió formulario de afiliación con la AFP PROTECCION, administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, vinculación que se produjo por traslado do Régimen. **ii)** Por disposición legal (Decreto 4712 de 2008, modificado por el Decreto 192 de 2015 éste último a su vez modificado

² Carpeta 01PrimeraInstancia/01ExpedienteDigitalizado. Pág. 265 - 275

³ Carpeta 01PrimeraInstancia/01ExpedienteDigitalizado. Pág. 120 - 192

⁴ Carpeta 01PrimeraInstancia/01ExpedienteDigitalizado. Pág. 292 - 317

por el Decreto 848 de 2019) la OBP responde únicamente por la Liquidación, Emisión, Expedición, Redención, Pago o Anulación de Bonos Pensionales o Cupones de Bonos Pensionales a cargo de la Nación, procedimientos que se efectúan con base en las solicitudes que al respecto realicen las Administradoras del Sistema General de Pensiones. **iii)** La Emisión del Bono Pensional de la señora LUZ MARINA GARZON CARDONA solo tendrá lugar cuando la AFP PROTECCION la solicite al emisor La NACION, autorizada por su afiliada mediante la aprobación de la Liquidación Provisional que la AFP le presente, procedimiento que hasta el día de hoy (01 de octubre de 2019), NO HA TENIDO OCURRENCIA.

Propuso para su defensa las excepciones que denominó: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, SANEAMIENTO DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, ANULACION, BUENA FE.

3. SENTENCIA⁵

En la audiencia del **25 de agosto de 2020** el **JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones: **i) DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la señora LUZ MARINA GARZÓN CARDONA a la administradora de pensiones PROTECCIÓN suscrita el primero (1) de abril de 1999 y en consecuencia, que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. **ii) ORDENÓ** a **PROTECCIÓN** trasladar a la demandante al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES y **ORDENÓ** a **PROTECCIÓN** a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ MARINA GARZÓN incluyendo todo el dinero recibido por la afiliación, las cotizaciones de forma completa, bonos pensionales, cualquier suma adicional, frutos, intereses, sin que pueda retener gastos de administración ni aportes de solidaridad ni ningún concepto, pues se considera que en ningún momento debió producir efecto jurídico alguno dicho traslado. Esta erogación deberá realizarla con cargo de sus propios recursos. Para el cumplimiento de esta obligación se concede un término de 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia al fondo de pensiones **PROTECCIÓN**. **iii) ORDENÓ** a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante y recibir todos los dineros que sean trasladados por **PROTECCIÓN**, autorizó a COLPENSIONES realizar un cálculo de equivalencia de los dineros desde el Régimen de Ahorro Individual de forma tal que no genere perjuicio alguno recibir a la demandante al momento de cumplir las obligaciones pensionales a su cargo. **v) ORDENÓ** a COLPENSIONES que una vez se trasladen los recursos que se ordenan en la providencia con motivo de la ineficacia de afiliación de la demandante, **proceda con el estudio de la solicitud de pensión de vejez de la demandante y su eventual reconocimiento**. **vi)** Respecto de las excepciones propuestas por **PROTECCIÓN** se declaran no probadas. Respecto de las excepciones propuestas por COLPENSIONES se abstuvo de resolverlas toda vez que no participó en el acto jurídico que se declara ineficaz y sobre el cual se pronuncia la jurisdicción

⁵ Carpeta 01PrimerInstancia/02AudienciaPrimerInstancia. Min. 57:08- 01:00:08

ordinaria y tampoco será condenada en costas por esa misma razón. **vii) CONDENÓ** en costas a **PROTECCIÓN**

4. RECURSOS DE APELACION

4.1. RECURSO DE APELACIÓN DEMANDANTE⁶

La inconformidad de la activa se contrae a dos aspectos: **i) Sobre la negativa al reconocimiento de la pensión de vejez**, argumenta que con las pruebas del proceso se acredita la causación del derecho a la pensión, señalando que cosa distinta es el disfrute bajo el entendido que la demandante en el interrogatorio de parte manifestó que aún continuaba prestando servicios a la empresa con cotizaciones al sistema de seguridad social integral. Pero puede condicionarse el reconocimiento de la pensión a la fecha en que se acredite el retiro cuando ello suceda e indicarse la forma en que la entidad de previsión social debe reconocer la prestación definiendo los parámetros. **ii) Respecto a los perjuicios** señala que en economías tan pequeñas como la colombiana ver en riesgo o en vilo una posible pensión genera estrés y preocupación a los accionantes, personas que durante veinte, treinta y hasta cuarenta años prestan su fuerza laboral al mercado. Así argumenta que en su criterio los perjuicios morales se deben presumir por lo menos en 121 salarios mínimos.

4.2. RECURSO DE APELACIÓN PROTECCIÓN S.A.⁷

El recurrente cuestiona la autorización que se le da a Colpensiones de realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos del Régimen de Ahorro Individual señalando que la cuenta de ahorro individual de la demandante produjo rendimientos por más de veintitrés millones de pesos, el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras producto de la buena gestión de PROTECCIÓN, rendimientos que Colpensiones no hubiera podido alcanzar. Así, precisa que el total de los aportes más los rendimientos que se pudiesen trasladar de la cuenta de ahorro individual de la demandante hacia Colpensiones abarca todo concepto que permitirá a la actora acceder a una prestación económica derivada por vejez sin que sea necesario acudir al llamado cálculo de la equivalencia.

5. TRÁMITE, COMPETENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁸, únicamente la apoderada de **COLPENSIONES** intervino de manera oportuna, señalando en síntesis⁹: **i)** En primer lugar solicita que se revoque la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación de la señora Luz Marina Garzón Cardona realizada el 1 de septiembre de 1999 resaltando que cuenta con 62 años de edad toda vez que nació el 25 de febrero de 1960, invocando para ello el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el

⁶ Carpeta 01PrimeraInstancia/04SustentacionRecurso. Min. **04:48 – 08:10**

⁷ Carpeta 01PrimeraInstancia/04SustentacionRecurso. Min. **08:12 - 10:21**

⁸ numeral 1 del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020. Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 03AutoAdmiteCorreTraslado

⁹ Carpeta 02SegundaInstancia/09AlegatosColpensiones

literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993. También invoca el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 en relación con el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano para señalar que la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados según la sentencia T-489 de 2010. Finalmente argumenta que respecto al tema de la información brindada por el fondo al momento de realizar el traslado sería prudente entrar a valorar la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado. **ii)** Finalmente señala que si es decisión del despacho conceder las pretensiones del demandante se debe tener en cuenta que Colpensiones fue un tercero ajeno al contrato celebrado entre la señora Luz Marina Garzón Cardona y la AFP PROTECCION S.A, por lo cual solicita no haya condena alguna en contra de COLPENSIONES y que se condene a la AFP PROTECCION S.A, a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del despacho.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por la **DEMANDANTE, PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES** y en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de traslado de régimen inicial al RAIS. En segundo lugar, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN del DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver. Para finalmente determinar si resulta procedente condenar a COLPENSIONES al reconocimiento de la PENSIÓN DE VEJEZ así como al reconocimiento de PERJUICIOS MORALES a cargo de PROTECCIÓN

6. LOS DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN RELACIÓN CON EL ACTO JURÍDICO DE AFILIACIÓN O TRASLADO.

Esta Sala de Decisión ha tenido la oportunidad de expresar en varias oportunidades, que la decisión de un afiliado que estaba cotizando en el **I.S.S.** o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100, **de trasladarse al RAIS**, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, **los efectos que en su caso se generan si toma la decisión de trasladarse.**

El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es exigible **desde su creación, y sin hacer distinción alguna**, de acuerdo a lo previsto en el **Decreto 663 de 1993**, aplicable a las AFP desde su origen, en el que se prescribió en el **numeral 1.º del artículo 97**, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que*

prestan **la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen.**

Es así como, conforme a lo previsto en el **artículo 271** en concordancia con el **literal b) del artículo 13 de la Ley 100**, los trabajadores tienen la opción de **elegir «libre y voluntariamente»** aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de **afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social**, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación.

En relación con este aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico: **SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020, SL 2208 -2021 – SL 3871-2021- SL 5686-2021- SL 5688-2021- SL 1055-2022** que se apuntala en las siguientes premisas básicas:

- Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la **Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5, 7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014**, y el **Decreto 2071 de 2015**, lo cierto es que la obligación de información clara y concreta previa al traslado se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, **sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100.**
- Para ello baste citar, **el artículo 13 en sus literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100**, en concordancia con lo previsto en el **artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003**, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.
- Siendo, así las cosas, antes del traslado el usuario debe conocer la lógica del RAIS y la esencia de su funcionamiento, sustentado en la capacidad efectiva del ahorro a lo largo de toda la vida para poder garantizar el derecho a una pensión. Y debe tener total claridad acerca de los aspectos relacionados no sólo con el monto y los requisitos de causación, sino la eventual opción de no acceder a esta prestación. Todos estos aspectos deben ser expresamente informados, para que el usuario pueda efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media.
- En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la Administradora de Pensiones en esa **ETAPA PREVIA Y PREPARATORIA** a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al “DEBER DEL BUEN CONSEJO” en los términos definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el **artículo 3 del Decreto 2071 de 2015**, pues al mostrar con detalle las

diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.

- Y en relación con la carga probatoria, es claro que en los términos del **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. Por ello, de acuerdo con lo previsto en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición. Y es así como las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.
- Finalmente, baste señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos, fue plasmado en el **Código General del Proceso en el artículo 167**, norma en la que se consagra la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos que ayuden a esclarecer el objeto del litigio y que en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, no hay duda que la parte que debe cumplir con esa carga es el Fondo Privado: **a)** Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, con la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le ha entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; **b)** Conoce y tiene los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y que hizo posible que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

Por último, debe la Sala señalar que si bien, el precedente jurisprudencial se encuentra referido a casos de personas que se encontraban afiliadas a una administradora del Régimen de Prima Media y además, beneficiarias del régimen de transición, a quienes les afectó de manera considerable la decisión de traslado de régimen pensional; sin

embargo, resulta evidente que la *Ratio Decidendi* de esas providencias resulta plenamente aplicable, a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por Primera Vez, porque lo relevante está, en que efectivamente se acredite dentro del proceso por la Administradora de Pensiones, que sí suministró la INFORMACION CLARA, COMPLETA, SUFICIENTE, en términos de transparencia y eficiencia.

7. EL CASO CONCRETO

7.1. LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) LUZ MARINA GARZON CARDONA** nació el **25 de febrero de 1960**, por lo que en este momento cuenta con **62 años**¹⁰. **ii)** Se afilió inicialmente al RPM desde el **27 de febrero de 1979** hasta el **31 de agosto de 1998**, régimen en el que cotizó **724,86 semanas**¹¹. **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL suscribiendo formulario con solicitud de vinculación a **PROTECCIÓN S.A.** el **29 de julio de 1999**¹² – trabajaba como PROFESORA en la CONGREGACIÓN SANTO DOMINGO.

Las demandadas han afirmado a lo largo del proceso que la SELECCIÓN DE RÉGIMEN se tomó de **forma libre, espontánea y sin presiones** en los términos del formulario de afiliación suscrito por el actor, pero en criterio de la Sala, leyendas de este tipo no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, **acreditan un consentimiento, pero no informado**. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha precisado de forma reiterada que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como “*la afiliación se hace libre y voluntaria*”, “*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*” u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (**CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020**).

Pues bien, según lo acreditado en el proceso, resulta evidente que para la fecha en la que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para **LUZ MARINA GARZÓN CARDONA** esta tenía menos de **35 años** de edad y **de 15 años de servicio**. Pero de acuerdo con el análisis efectuado en el **acápito sexto** de esta providencia y con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de traslado, **independiente de si la demandante era beneficiaria o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una **asesoría personalizada**, analizando **las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional**.

¹⁰ Carpeta 01PrimerInstancia / 01ExpedienteDigitalizado. Pág. 90

¹¹ Carpeta 01PrimerInstancia / 01ExpedienteDigitalizado. Pág. 79

¹² Carpeta 01PrimerInstancia / 01ExpedienteDigitalizado. Pág. 66

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que si permanecía en el I.S.S., el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 55 años de edad y acreditando 1000 semanas cotizadas, para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 85 % en caso de cotizar 1400 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100.

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 57 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima (artículo 64 Ley 100); **ii)** Como la demandante tenía cotizaciones en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que habían efectuado en el I.S.S. se verían representadas en un bono pensional tipo A que sólo se redime en el caso de las MUJERES a los 60 años, de manera que, si se daban las condiciones para pensionarse anticipadamente, habría que negociar el bono en el mercado financiero, disminuyendo su valor, lo que tendría efecto en el valor de la mesada, en la medida en que disminuiría el valor del capital para financiar la prestación. **iii)** Frente al valor de la pensión en el RAIS, se debió explicar que ésta depende del capital consignado en la cuenta individual y según la modalidad pensional elegida (artículos 79 a 82 de la Ley 100), y que el valor que se abonaría a la cuenta individual no sería equivalente al 100% de la cotización, porque una parte se destinaría a pagar la prima mensual de la compañía de seguros, a gastos de administración y al fondo de solidaridad del RAIS. **iv)** Y en relación con la ausencia de beneficiarios en materia de pensión de sobrevivientes y la posibilidad de que los dineros de la cuenta de ahorro individual se destinen a la masa hereditaria, se debió precisar que ello no ocurre si la muerte se presenta siendo pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia. **v)** También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces debían seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 57 años, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrando que esos dos requisitos eran superiores a los consagrados en el I.S.S. **vi)** Y que la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, es un beneficio que no se presenta en todos los casos porque está sujeto a unas condiciones y explicarle cuáles (artículo 84 de la Ley 100, vigente para la época), para que tuviese claro que, si no cumplía con ello, no obtendría pensión de vejez y por ello, la entidad le devolvería los saldos que estuvieran en su cuenta individual, con el efecto que eso genera en relación con la afiliación en salud.

Pero se observa con claridad que en el proceso no se acreditó por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES el haber suministrado esta información clara, completa y detallada, y por esta razón, debe la Sala CONCLUIR, conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado que ha de **CONFIRMAR** la decisión de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN**.

Debe destacarse que las ADMINISTRADORAS DEL RAIS y COLPENSIONES en la contestación propusieron la EXCEPCION de PRESCRIPCION, pero en el contexto que se ha venido analizando, debe señalarse que estamos en presencia de la ineficacia del traslado: Y una de las características esenciales de la inexistencia, es que es insubsanable por la prescripción - No adquiere vida por el transcurso del tiempo, por lo tanto, en cualquier tiempo puede ser alegada su inexistencia. En la sentencia **SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**, la Sala Laboral de la Corte explicó con claridad sobre la inoperancia del medio exceptivo, no solo por su conexidad con un derecho fundamental e irrenunciable, sino porque el sustento fáctico del proceso da lugar a consolidar el status de pensionado, y, en consecuencia, propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.

Finalmente, **en relación con las sumas de dinero que se deben devolver**, debe señalarse lo siguiente: **i)** En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias **SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019**, así como en la **SL 2877 y SL 4811 de 2020** ha explicado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). **ii)** Y como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el **artículo 1746 del Código Civil** y este por analogía es aplicable a la ineficacia, según esta disposición, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. **iii)** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al ***statu quo ante*** no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen. **iv)** Y en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone **negarle efecto al traslado**, tal situación solo es posible bajo **la ficción de que el mismo nunca ocurrió**. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que **nunca se cambió al sistema privado de pensiones**, y si estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que **nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES**. **v)** Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como **los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021)**, los porcentajes destinados a conformar el **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** y los valores utilizados en **seguros previsionales** con cargo a sus propias utilidades (**CSJ SJ**

SL2209-2021 y SL2207- 2021). **vi)** Así, reconoce esta corporación que si bien existió una administración por parte de las AFP, además del pago de seguros, producto de la declaratoria de ineficacia todos los recursos deben trasladarse a aquella administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo presente que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional, se cubren las prestaciones causadas. Por ello **PROTECCIÓN S.A.** efectuara la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliada. **vii)** Se destaca que ninguna de las devoluciones acá ordenadas se ve afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, excepción propuesta por las accionadas, la que a voces de la Sala de Casación Laboral de la CSJ no opera en estos litigios, dado el carácter irrenunciable del derecho pensional, que se extiende a la acción para reclamar su conformación con todos los aspectos conexos que le son inherentes (**CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996. SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022).** **viii)** Finalmente, para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA esta Sala de Decisión ordenaba que el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM. Pero reexaminando el asunto, y a partir del precedente vertido por la Sala de Casación Laboral en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22**, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**. Al momento de cumplirse 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. Así, en este aspecto se **MODIFICARÁ** la providencia que se revisa.

7.2. LA PENSIÓN DE VEJEZ

Habiéndose concluido que en este caso procede la DECLARATORIA de INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN y decidido, que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pasamos ahora analizar la pretensión de la demanda dirigida a que se ordene a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez a la actora.

En el numeral QUINTO de la sentencia se ORDENÓ a COLPENSIONES que una vez se trasladen los recursos con motivo de la ineficacia de afiliación de la demandante, proceda con el estudio de la solicitud de pensión de vejez de la demandante y su eventual reconocimiento, argumentando básicamente:

“Entrar a resolver una prestación en este momento en mi entendimiento viola el acto

legislativo 01-2015 que sería conceder una pensión sin que los recursos o sin la disponibilidad de recursos para el efecto incluso sería proceder asumiendo que o teniendo presente que la providencia aún emitida hoy a favor de la demandante no está ejecutoriada entonces en ese sentido considero que lo que se debe hacer es que una vez sea ejecutoriada la providencia y trasladado los recursos proceda Colpensiones a resolver la petición de pensión, pero una vez cumplido estos hechos porque en este momento me parece que no sería procedente".

Es contra esta decisión y análisis que la activa plantea su inconformidad insistiendo en la causación del derecho a la pensión de vejez, y que el disfrute puede condicionarse al retiro del sistema otorgando los parámetros para el reconocimiento pensional.

Pues bien, la sala comparte los planteamientos del apelante pues en este caso resulta procedente condenar a COLPENSIONES al reconocimiento de la prestación a la actora por haber cumplido con los requisitos consagrados en el **artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993**.

En efecto, en relación con el régimen pensional de la demandante, se observa lo siguiente: **i) LUZ MARINA GARZON CARDONA** nació el **25 de febrero de 1960**¹³. Se afilió al I.S.S. desde el **27 de febrero de 1979** y a partir de **septiembre de de 1999** continuó haciéndolo en PROTECCIÓN S.A. **ii)** De acuerdo con lo anterior, advierte la Sala que, tal como se indicó en el **acápite 7.1.** de esta providencia, no existe duda que la señora **GARZÓN CARDONA** no es beneficiaria del régimen de transición, porque al 1 de abril de 1994 no había cumplido 35 años de edad ni 15 años de servicio; en consecuencia, su régimen pensional es el definido en la **Ley 797 de 2003**. **iii)** Y cumple con las exigencias del **artículo 9** acreditando más de **1300 semanas**¹⁴ y la edad mínima de **57** que alcanzó el **25 de febrero de 2017** fecha en la que se causó el derecho pensional, que por ser posterior al **31 de julio de 2011** genera el derecho a **13 mesadas al año** en los términos del **AL 01 de 2005**.

En relación con el DISFRUTE de la prestación, el **artículo 31 inciso segundo de la Ley 100** dispone que en esta materia resulta aplicable lo previsto en los **artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990**, porque la Ley 100 no reguló lo relativo a la CAUSACIÓN y DIFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Y ha sido pacífico el entendimiento efectuado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la diferenciación entre estas dos categorías jurídicas, reiterando en innumerables oportunidades, que estas disposiciones consagran necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez. Pero el precedente se ha decantado para enfatizar que la acreditación del retiro del sistema no amerita prueba solemne, y desde esa perspectiva, se puede verificar a partir del análisis del acervo probatorio, por ejemplo, cuando a pesar de que en la HISTORIA LABORAL no repose la Novedad de Retiro, la intención del actor de no seguir afiliado al sistema se pueda deducir o es

¹³ Carpeta 01PrimerInstancia / 01ExpedienteDigitalizado. Pág. 90

¹⁴ Carpeta 01PrimerInstancia / 01ExpedienteDigitalizado. Pág 220 a 232

constatable desde el momento en que dejó de cotizar¹⁵. **Así como en el proceso no se acredita el retiro del sistema, se ordenará a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión a partir del momento en que éste opere de manera expresa o tácita.**

Respecto al **valor de la mesada pensional**, COLPENSIONES la liquidará teniendo en cuenta los siguientes parámetros: **i)** Para liquidar el **IBL** deberá hacerlo con fundamento en las reglas del **artículo 21 de la ley 100 del 1993**, es decir, con el promedio de todas las aportes realizados en toda la vida laboral o de los 10 últimos años actualizados con el índice del consumir certificado por el DANE, el que resulte más favorable: **ii)** Se aplicará la **tasa** de reemplazo establecida en el **artículo 34 de la ley 100 de 1993** modificado por la ley **797 de 2003** con el límite del 80% establecido en tal disposición (**SL 3501 de 2022**) a razón de 13 mesadas anuales.

La entidad descontará del valor del retroactivo que se llegare a generar los aportes en salud, el que opera por mandato legal (**SL 1169 de 2019** y **SL1019-2020**)

Finalmente, en relación con la pretensión de perjuicios morales baste señalar lo siguiente: En el proceso no se acredita prueba alguna en relación con perjuicio moral alguno, de hecho, en el hecho 28 de la demandante se hace referencia tangencial al respecto al afirmar que *“la indebida asesoría ha causado perjuicios a mi poderdante”* sin precisar su alcance ni definir de qué forma se concretan. Así, contrario a lo planteado por el recurrente, es claro que los perjuicios reclamados no se presumen de modo que, ante el incumplimiento de la carga probatoria no procede condena alguna sobre esta pretensión.

7.3. COSTAS

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia solo se condenó a PROTECCIÓN S.A decisión que no fue cuestionada de manera concreta. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia** al no prosperar el recurso interpuesto por **PROTECCIÓN S.A.** serán a su cargo. Agencias en derecho 1 S.M.L.M.V.

8. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **DECIDE:**

PRIMERO: Se CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Sexto Laboral del Circuito de Medellín, pero con las siguientes MODIFICACIONES y ADICIONES:

- Se MODIFICA el numeral **TERCERO** porque dentro de los **30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, **PROTECCIÓN S.A.** debe **devolver** a

¹⁵ **SL2567-2018.** Radicación 58021 del 4 de julio de 2018. **SL3608-2018** del 18 de julio – Rad. 57021. **SL1744-2019** del 8 de mayo – Rad. 62362

COLPENSIONES la totalidad de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos financieros, **así como los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: CUOTAS DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTIA DE PENSION MINIMA** debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta 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, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia

- El numeral **CUARTO** se revoca parcialmente en lo referente a la autorización a COLPENSIONES de realizar un cálculo de equivalencia de los dineros, de conformidad con lo definido en la parte de esta providencia.
- Se adiciona la sentencia para CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora **LUZ MARINA GARZON CARDONA** la pensión de vejez causada por el cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. El reconocimiento se efectuará **a partir del momento en que opere el retiro del Sistema General de Pensiones de manera expresa o tácita en los términos definidos en esta providencia.**

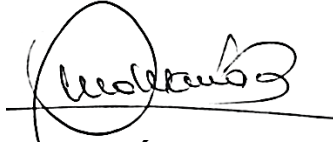
COLPENSIONES liquidará el valor de la mesada pensional teniendo en cuenta los siguientes parámetros: **i) Para liquidar el IBL** deberá hacerlo con fundamento en las reglas del **artículo 21 de la ley 100 del 1993**, es decir, con el promedio de todas los aportes realizados en toda la vida laboral o de los 10 últimos años actualizados con el índice del consumir certificado por el DANE, el que resulte más favorable: **ii) Se aplicará la tasa de reemplazo establecida en el artículo 34 de la ley 100 de 1993** modificado por la ley **797 de 2003** con el límite del 80% establecido en tal disposición **(SL 3501 de 2022)** a razón de **13 mesadas anuales**.

La entidad descontará del valor del retroactivo que se llegare a generar los aportes en salud, el que opera por mandato legal **(SL 1169 de 2019 y SL1019-2020)**

SEGUNDO: Se condena en COSTAS en esta instancia a PROTECCIÓN S.A. Las agencias en derecho por una suma equivalente a 1 S.M.L.M.V.

Se ordena la notificación mediante EDICTO y vencido el término se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen. Se termina la audiencia y en constancia se firma por quienes intervinieron

Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



RADICADO: 05001 31 05 016 2019 00089 01

SENTENCIA del //27/01/2023

Con este código puede acceder a la actuación de segunda instancia, **para ello debe tener una cuenta de Microsoft.**

Enlace en caso de no tener lector QR: https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EgsSlm-BFxpAmdfWrCLxYDgBDsvZuTcezwXcexnQ1tO6Q?e=W5NHlt