



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-001-2020-00385-01
Demandante: Héctor Castaño Velásquez
Demandado: AFP Colfondos S.A., AFP Porvenir S.A. y
Colpensiones E.I.C.E.
Asunto: Apelación y Consulta de Sentencia
Procedencia: Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia afiliación al RAIS y Pensión de Vejez

Medellín, marzo veintinueve (9) de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha anotada, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, con ausencia justificada y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE como magistrada ponente, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., en los aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada, respecto de la sentencia proferida el 07 de febrero de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por Héctor Castaño Velásquez contra las AFP Colfondos S.A.,

Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-001-2020-00385-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor Héctor Castaño Velásquez convocó a juicio a las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la ineficacia y/o nulidad absoluta del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual; se declare válida, vigente y sin solución de continuidad su afiliación al Régimen de Prima Media; se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones E.I.C.E. todos y cada uno de los aportes efectuados, con sus respectivos rendimientos, y sin ningún tipo de descuento; se ordene a Colpensiones E.I.C.E. reactivar su afiliación, recibir las cotizaciones trasladadas, y cargarlas en su historia laboral; se condene a Colpensiones E.I.C.E. a reconocerle y pagarle la pensión de vejez, desde la fecha en que acreditó los requisitos mínimos, con su respectivo retroactivo, debidamente indexado, o en subsidio, se ordene a la AFP Porvenir S.A. reconocerle y pagarle la pensión de vejez en los términos previstos para los afiliados al régimen de prima media, con su respectivo retroactivo, debidamente indexado, a título de indemnización de perjuicios.

En todo caso, pretende se condene a la AFP Porvenir S.A. reconocer y pagar las mesadas pensionales dejadas de percibir desde la fecha en la que acreditó los requisitos mínimos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, a título de indemnización del perjuicio material por lucro cesante, y al reconocimiento y pago de 100 SMLMV, a título de indemnización de los perjuicios morales.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas se sintetizan en que el señor Héctor Castaño Velásquez nació el 13 de enero de 1956, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 28 de octubre de 1981, cotizó 508 semanas en

el Régimen de Prima media, se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 20 de febrero de 1997, después de que los asesores comerciales del fondo privado le manifestaran que con ellos podría pensionarse a cualquier edad, y con una mejor mesada pensional, sin informarle las condiciones que debía acreditar para ello, las características que diferenciaban el Régimen de Prima Media del Régimen de Ahorro Individual, ni las ventajas y/o desventajas que cada régimen pensional representaba para su caso particular, esto es, no le suministró una información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta con respecto a las consecuencias que tendría el cambio de régimen pensional.

Dijo que el 24 de noviembre de 1997 se trasladó a la AFP Colfondos S.A., y el 24 de enero de 2001 regresó a la AFP Porvenir S.A., sin que en ninguno de los casos mediara una asesoría adecuada, completa y suficiente que le permitiera evidenciar las consecuencias de permanecer en el régimen de ahorro individual; que el 04 de diciembre de 2019 le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. retornar al Régimen de Prima Media, pero su petición fue desestimada porque se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse, y que el 01 de agosto de 2019 la AFP Porvenir S.A. proyectó una mesada pensional de \$828.116 en el Régimen de Ahorro Individual y de \$1.147.000 en el Régimen de Prima Media.

Informó que el 13 de enero de 2018 cumplió los 62 años de edad, que para el 01 de agosto de 2019 contaba con 1.368 semanas cotizadas, que el 16 de diciembre de 2019 le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. el reconocimiento de la pensión de vejez, prestación que fue denegada porque no se encontraba afiliada a ese fondo, y que ha tenido problemas de ansiedad, depresión y salud debido a la situación que está pasando por no poder acceder a una pensión acorde con su salario (doc.03, subcarp.01, carp.01).

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada legalmente constituida, la **AFP PORVENIR S.A.** asintió que el traslado de régimen

pensional del señor Héctor Castaño Velásquez se llevó a cabo el 20 de febrero de 1997, retornando a dicha administradora el 24 de enero de 2001, afiliaciones que aseveró correspondieron a una decisión libre, espontánea e informada, después de haber sido informado de manera clara, precisa, veraz y suficiente sobre el funcionamiento, características y condiciones del Régimen de Ahorro Individual, y las condiciones para reconocimiento de la pensión de vejez, que para esa época no existía la obligación de hacer proyecciones pensionales, y que la voluntad de afiliación se ratificó con la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual. En oposición de las pretensiones excepcionó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (doc.02, subcarp.07, carp.01).

Por su parte, la **AFP COLFONDOS S.A.** admitió que el señor Héctor Castaño Velásquez nació el 13 de enero de 1956, y aseveró que la información que se brindó a la demandante cuando se trasladó a la entidad fue suficiente, completa, veraz, objetiva, integra, transparente y comparada sobre el Régimen de Ahorro Individual y el Régimen de Prima Media, permitiéndole comprender las condiciones pensionales de cada régimen. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra y de mérito excepcionó la inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual; ratificación de la afiliación; prescripción de la acción; compensación y pago (doc.02, subcarp.08, carp.01).

Finalmente, **COLPENSIONES E.I.C.E.** aceptó que el señor Héctor Castaño Velásquez nació el 13 de enero de 1956, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 15 de septiembre de 1980, cotizó 508 semanas al Régimen de Prima Media, solicitó retornar a dicho régimen el 04 de diciembre de 2019, pero fue rechazado porque se encontraba a menos de diez años del requisito de tiempo para pensionarse, y que el 16 de diciembre de 2019 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, prestación que fue desestimada por falta de competencia. Consecuentemente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso las excepciones de inexistencia de nulidad o ineficacia de la afiliación al Régimen de

Ahorro Individual; improcedencia de la afiliación; inexistencia de la obligación de pagar pensión de vejez por falta de legitimación en la causa por pasiva; ausencia de requisitos para trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y reconocer la pensión de vejez; inexistencia de la obligación de reconocer y pagar intereses moratorios; imposibilidad de la responsabilidad del fondo privado ante Colpensiones; indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones; desconocimiento del precedente judicial; devolución de cuotas de administración debidamente indexadas; prescripción; compensación; imposibilidad de condena en costas, y buena fe (doc.02, subcarp.09, carp.01).

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 07 de febrero de 2023, declaró la ineficacia del traslado del señor Héctor Castaño Velásquez a la AFP Porvenir S.A., quedando también sin efectos los posteriores traslados a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A.; ordenó a Colpensiones E.I.C.E. tenerlo como válidamente afiliado al Régimen de Prima Media, y homologar como semanas cotizadas el saldo que reciba del Régimen de Ahorro Individual; ordenó a la AFP Porvenir S.A: trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de demandante, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, conceptos que deberán ser indexados desde la fecha en la que se descontaron; ordenó a la AFP Colfondos S.A. trasladar los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, conceptos que deberán ser indexados desde la fecha en la que se descontaron; declaró que al señor Héctor Castaño Velásquez le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, prestación que será reconocida previa solicitud del afiliado, una vez se haga efectivo el traslado de los aportes; declaró oficiosamente probada la excepción de falta de causa para pedir respecto de los perjuicios reclamados y no probada; absolvió a las demandadas de

las demás pretensiones incoadas; y condenó en costas a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A., en favor del demandante (doc.01, subcarp.24, carp.01).

1.4. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **AFP PORVENIR S.A.** interpuso el recurso de apelación, únicamente en lo relacionado con el traslado indexado de los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, sustentando que, según lo dispuesto en el litera b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, y lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia, los únicos dineros que se deben trasladar son el saldo de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos financieros, siendo que los conceptos antes enunciados fueron descontados de conformidad con lo ordenado en el artículo 20 ibídem, y cumplieron la finalidad para la que estaban destinados, esto es, el amparo ante las contingencias de la invalidez y la muerte, y la generación de los rendimientos financieros, devolución que representa un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones E.I.C.E y en detrimento de su representada; que no hay lugar a ordenar la indexación dispensada, en la medida en que la misma comporta la simple actualización de la moneda para contrarrestar su devaluación por el transcurso del tiempo, efecto que se contrarresta con rentabilidad mínima garantizada por su representada, y que se compensa con los rendimientos financieros que serán trasladados; o para que, bajo la aplicación de las restituciones mutuas, se descuenten de los rendimientos financieros los conceptos sobre los que se dispuso la devolución objeto de alza (minuto 00:39:40, doc.01, subcarp.24, carp.01).

Finalmente, el procurador judicial de **COLPENSIONES E.I.C.E.** manifestó inconformidad con la sentencia de primera instancia, para que se adicione el fallo de instancia, en el sentido de que, al momento de cumplir la orden impartida, los fondos privados discriminen el detalle pormenorizado de los conceptos y valores trasladados, y demás información relevante (minuto 00:45:30, doc.01, subcarp.24, carp.01).

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, la parte actora solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, sustentando que los fondos privados accionados no acreditaron haber cumplido con el deber de información y, en consecuencia, tampoco está probado que su prohijado hubiere brindado un consentimiento informado, en los términos esbozados por la jurisprudencia nacional, y que acredita los requisitos previstos para los afiliados del régimen de prima media para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez (doc.03, carp.02).

COLPENSIONES E.I.C.E. alegó peticionando la revocatoria integra de la decisión consultada, arguyendo que al demandante le faltan diez años o menos para cumplir la edad mínima para tener derecho a la pensión de vejez, que al mismo también le asistía el deber de leer, revisar e informarse sobre los términos y condiciones de los formatos de afiliación, y que el impacto monetario que acarrea el traslado del régimen no puede ser la causa que lleve a declarar la ineficacia del negocio jurídico, y ratificando la solicitud de adicionar el fallo indicando que, al momento de cumplirse la orden impartida, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (doc.04, carp.02).

Finalmente, la **AFP PORVENIR S.A.** solicitó la revocatoria integra de la sentencia de primer grado, arguyendo que la afiliación del actor no adolece de nulidad o ineficacia, siendo que cumple los requisitos de existencia y de la esencia del acto jurídico, que la normativa que rige la libre escogencia de régimen pensional no refiere los efectos establecidos por el *a quo* en la sentencia opugnada, que le brindó a el demandante la información necesaria para que seleccionara el régimen más conveniente y de ello se dejó constancia en el formulario de afiliación según lo establecido en la normativa vigente para la época del traslado, que deben autorizarse las restituciones mutuas siendo que

siempre ha actuado de buena fe, y que los aportes del actor no se han visto afectados por la devaluación de la moneda porque sobre los mismos se garantizó una rentabilidad mínima, siendo improcedente la indexación ordenada (doc.05, carp.02).

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, y los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad social, respectivamente.

De igual forma procede la consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., en los puntos que no fueron objeto de alzada, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone *“También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante”*.

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN LA PRIMERA INSTANCIA

Los siguientes supuestos fácticos no son objeto de controversia:

- Que el señor Héctor Castaño Velásquez nació el 13 de enero de 1956, tal y como se desprende del documento de identidad (pág.13, doc.04, subcarp.01, carp.01), y el registro civil de nacimiento (págs.14-15, doc.04, subcarp.01, carp.01), y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 15 de septiembre de 1980, pues así se infiere del reporte de semanas cotizadas incorporado (págs.16-17,

doc.04, subcarp.01, carp.01), y de la historia laboral válida para bono pensional (págs.18-20, doc.04, subcarp.01, carp.01).

- Que se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 20 de febrero de 1997 (pág.21, doc.04, subcarp.01, carp.01), a la AFP Colfondos S.A., el 24 de noviembre de 1997 (pág.22, doc.04, subcarp.01, carp.01), y nuevamente a la AFP Porvenir S.A. el 24 de enero de 2011 (pág.23, doc.04, subcarp.01, carp.01).

- Que el 08 de marzo de 2019 la AFP Porvenir S.A. rechazó la solicitud de nulidad de la afiliación peticionada (págs.56-63, doc.04, subcarp.01, carp.01), y el 01 de agosto de 2019 proyectó que a los 63 años se pensionaría con una mesada de \$828.116, mientras que en el Régimen de Prima Media habría causado una mesada de \$2.147.600 (págs.45-47, doc.04, subcarp.01, carp.01).

- Que el 04 de diciembre de 2019 radicó formulario de afiliación y/o traslado de régimen pensional ante Colpensiones E.I.C.E. (pág.41, doc.04, subcarp.01, carp.01), el cual fue rechazado en la misma fecha, porque se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse (pág.42, doc.04, subcarp.01, carp.01).

- Que el 16 de noviembre de 2019 le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. el reconocimiento de la pensión de vejez (pág.64, doc.04, subcarp.01, carp.01), petición que fue desestimada en la misma fecha porque no se encontraba afiliada a la entidad (pág.66, doc.04, subcarp.01, carp.01).

- Y que, para el mes de febrero del año 2021, contaba con 1.453 semanas cotizadas, y un saldo acumulado de \$149.789.961 (págs.96-103, doc.02, subcarp.07, carp.01).

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si la sentencia proferida en el proceso de la referencia se encuentra ajustada a derecho, efecto para el que habrá que determinar si el traslado efectuado por el demandante el 20 de febrero de 1997, desde el Régimen de Prima Media hacia el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Porvenir S.A., adolece de ineficacia, y si en tal medida, los posteriores traslados a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A. también adolecen de ineficacia?

¿Si debe ordenarse a las AFP Porvenir y AFP Colfondos S.A., además del traslado de las cotizaciones, y los rendimientos financieros, la devolución de las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las primas del seguro previsional, debidamente indexados, y con la discriminación de los conceptos y valores trasladados, valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, como consecuencia de la ineficacia?

¿Si el demandante acredita los requisitos previstos en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez?

2.4.- TESIS DE LA SALA

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto jurídico de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información, y de forma consecuencial, debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, debidamente indexados, y que el actor acredita los requisitos de edad y semanas cotizadas para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, cuyo disfrute efectivo se encuentra supeditado al retiro definitivo del sistema. En tal sentido, la sentencia de primera instancia será CONFIRMADA, sin que sea necesario adicionarla en el sentido de ordenar a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A. que al momento de cumplir lo ordenado discriminen los conceptos trasladados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de

los ciclos, ingresos base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen, porque ello es inherente a la orden de traslado, esto es, en todo caso, los fondos privados deberán trasladar la totalidad de los aportes con sustento en la historia laboral de la demandante.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

2.5.1.- La ineficacia de la afiliación

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el régimen público de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado (artículo 12).

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida está caracterizado en los artículos 31 y 32 de la ley 100 de 1993, como un régimen en el cual las prestaciones que obtienen los afiliados o sus beneficiarios están previamente definidas por el legislador, donde los aportes de todo los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, con el cual se financia las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia y en el cual el Estado es quien tiene a su cargo la garantía de las pensiones a que se hacen acreedores los afiliados en este régimen, que se concreta a través del subsidio estatal.

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para 1994 y reajustado anualmente

según la variación porcentual de IPC. La solidaridad opera en relación con la garantía de la pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece la libertad de selección de régimen como característica del Sistema General de Pensiones de la siguiente manera “... *la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley*”.

A su vez, el artículo 271 ibídem establece que: “*El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.* (subraya de la Sala)

El deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras de Fondos de Pensiones, es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero y así fue establecido desde la vigencia misma del Régimen de Ahorro Individual, por el artículo 97 del estatuto financiero vigente para la época, Decreto 663 de 1993, el artículo 4º del Decreto 656 de 1994 y los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Posteriormente, el legislador ha regulado el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados, por parte de los Fondos de Pensiones; véase la ley 1328 de 2009, el Decreto reglamentario 2555 de 2010, la ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular 016 de abril 16 de 2016 de la

Superintendencia Financiera, dentro del cual se incluye las reglas de funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes, el análisis de la situación particular del afiliado, proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de traslado.

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras pensionales, como condición de eficacia de la afiliación inicial o el traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento.

Dan cuenta del precedente en referencia, los siguientes pronunciamientos SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008; SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008; SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011; SL31314 del 06 de diciembre de 2011, SL 19447 del 27 de septiembre de 2017; SL 17595 del 19 de octubre de 2017, SL 413 del 21 de febrero de 2018; SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018; SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, SL 1452 del 03 de abril de 2019; SL1421 del 10 de abril de 2019; SL1688 del 08 de mayo de 2019; SL 1689 del 08 de mayo de 2019; SL3464 del 14 de agosto de 2019; SL 4360 del 09 de octubre de 2019; SL4426 del 16 de octubre de 2019; SL1611 del 01 de julio de 2020; SL 2877 del 29 de julio de 2020; SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021 y más recientemente en las sentencias SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022 y SL1637 del 11 de mayo de 2022, SL113 del 31 de enero de 2023, SL178 del 07 de febrero de 2023, SL397 del 01 de marzo de 2023, entre muchas otras.

De acuerdo con la *ratio decidendi* de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que, para resolver el problema jurídico atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad, debe aplicarse las dos sub reglas principales establecidas por el máximo Tribunal de la jurisdiccional ordinaria laboral, esto es i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la prueba, que les traslada la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

Caso Concreto

En el caso concreto, se tiene por establecido el traslado de régimen pensional del señor Héctor Castaño Velásquez, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante formulario de afiliación suscrito el 20 de febrero de 1997, con efectividad a partir del 21 de febrero de 1997, según se extrae del Certificado SIAFP (págs.86-88, doc.02, subcarp.07, carp.01), no obstante, el formulario de afiliación adosado (pág.21, doc.04, subcarp.01, carp.01) no da cuenta de la información brindada al accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se sule con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL3871 de 2021); por ello, de tal documento no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Además, del interrogatorio practicado al demandante no se deriva prueba de confesión, en tanto que el mismo indicó que para la fecha en la que se surtió el traslado de régimen pensional con la AFP Porvenir S.A. estaba trabajando en Empresas Públicas de Pereira, cuyo subgerente les dijo que Seguro Social iba a desaparecer y por eso debían afiliarse a al régimen privado, sin haber recibido ninguna asesoría o capacitación por parte de la empresa o de los asesores del fondo privado, quienes únicamente le entregaron el formulario diligenciado para ser firmado; que la única presión que tuvieron fue la preocupación de quedarse sin pensión porque el Seguro Social se acabaría; y que posteriormente se trasladó

a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A., porque le indicaron que tendría mejores rendimientos, sin brindarle mayor información al respecto (desde el minuto 00:24:40, doc.01, subcarp.24, carp.01).

De lo anterior, es claro que, si bien el gestor del proceso se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información completa, sin conocer las características, funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, consecuencias del traslado, ni las desventajas de dicho régimen pensional, así como tampoco conocía del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Aunado a lo anterior, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno a partir del cual pueda establecerse que la AFP Porvenir S.A., cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada del afiliado, sobre las implicaciones del traslado, tal y como lo reclama el pretensor.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que inicialmente brindó la AFP Porvenir S.A. al demandante, al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de su afiliación a dicha administradora, declaratoria que irradia o se hace extensiva a su pretérita afiliación a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A., siendo lo procedente confirmar en este aspecto la sentencia consultada.

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen pensional

La ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización del demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima

Media con Prestación Definida, para garantizar el financiamiento de la futura pensión del actor.

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de la administradora accionada, teniendo en cuenta, que fue la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo ésta, la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación del actor, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos financieros generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad del demandante y no de los Fondos, aunado a ello, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, dado que el fondo común también se integra por rendimientos de las cotizaciones de los afiliados y por lo tanto no pueden compensar los gastos administrativos.

Los aportes al fondo de garantía mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por el afiliado, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento de la AFP al deber de información.

Ahora, en cuanto a las primas de los seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación del pretensor, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante, deben

ser trasladados con cargo a los propios recursos de la AFP demandada y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se pronunció recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, indicando:

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular”

De modo que, 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.

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

Similar postura se sostuvo en la sentencia SL 3034 de 2021:

“Resultan suficientes las consideraciones vertidas en sede extraordinaria para denegar prosperidad a la alzada y al surtir el grado jurisdiccional de consulta, se advierte que el restablecimiento pleno o completo, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos de la sentencia CSJ SL2877-2020, requiere especificar y detallar algunas de las condenas impartidas por el a quo, razón por la cual se procederá a CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de diciembre de 2018, precisando y adicionando el ordinal segundo en el sentido de que Old Mutual SA, además, deberá trasladar a Colpensiones, lo recaudado por comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que el accionante 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”.

Finalmente, cumple memorar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL 5236, SL 5285, SL5337, SL5525, SL5543 de 2021 y SL950 de 2022, ha adocinado que la indexación de los descuentos objeto de devolución, como lo son las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que debe reintegrar la AFP, es un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en cuanto dispuso el traslado, no solo del saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual y lo rendimientos financieros, sino también de las sumas descontadas por concepto de cuotas de administración, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y las primas del seguro previsional, debidamente indexadas, sin que sea necesario añadirla en el sentido de ordenar a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A. que al momento de cumplir lo ordenado discriminen los conceptos trasladados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingresos base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen, porque ello es inherente a la orden de traslado, esto es, en todo caso, los fondos privados deberán trasladar la totalidad de los aportes con sustento en la historia laboral de la demandante.

2.5.2.- La pensión de vejez

Estando establecido que el señor Héctor Castaño Velásquez debe tenerse por afiliado al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad, conviene señalar, en primer lugar, que él mismo no es beneficiario del régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que para el 01 de abril de 1994, solo contaba 38 años de edad, en vista de que nació el 13 de enero de 1956 (pág.13, doc.04, subcarp.01, carp.01), y tenía 450,86 semanas cotizadas (págs.16-17, doc.04, subcarp.01, carp.01), esto es, no acreditaba los 35 años de edad, 15 años de servicios, ni las 771,42 semanas cotizadas (CSJ SL1123-

2021, SL3787-2021) que exige la normativa en cita para pensionarse con la edad, densidad de semanas de cotización, y monto de la mesada pensional descritos en el régimen anterior aplicable.

Ahora bien, para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el régimen general previsto para el Régimen de Prima Media, sus afiliados deben acreditar, desde el año 2014, una edad mínima de 57 años, las mujeres, o de 62 años, los hombres, y desde el año 2015, una densidad de semanas de cotización igual o superior a las 1.300 (artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003), requisitos que el señor Héctor Castaño Velásquez acreditó el 13 de enero de 2018, cuando cumplió los 62 años de edad, pues, se itera, nació el mismo día y mes del año 1956 (pág.13, doc.04, subcarp.01, carp.01), fecha para la cual había cotizado más de 1.300 semanas ante el Sistema General de Pensiones (págs.96-103, doc.02, suncarp.07, carp.01).

Ahora, para disfrutar de la pensión de vejez, además de la acreditación de los requisitos de edad y tiempo de cotización, es necesario que se produzca la desafiliación al Sistema General de Pensiones (artículos 13 y 36 del Decreto 758 de 1990), formalidad que no puede deducirse de la simple cesación en el pago de los aportes, más aún si, al margen de que un trabajador consolide el derecho a la pensión de vejez en determinado momento, mantiene la posibilidad de seguir afiliado y continuar cotizando, evento en el cual esos aportes adicionales tendrán como propósito incrementar el monto pensional (CSJ SL-15091 del 09-09-2015), y siendo que la historia laboral generada el 15 de febrero de 2021 registra cotizaciones hasta el ciclo inmediatamente anterior (págs.96-103, doc.02, subcarp.07, carp.01), que el señor Héctor Castaño Velásquez admitió que aún estaba realizando aportes al Sistema General de Pensiones (minuto 00:40:50, doc.01, subcarp.24, carp.01), y que el pago la prestación fue condicionado a la acreditación del retiro definitivo o desafiliación del sistema general de pensiones, lo procedente será confirmar tal determinación, pues la misma no fue objeto de apelación por la parte actora, y la consulta se está surtiendo exclusivamente en favor de Colpensiones E.I.C.E.

La pensión de vejez se liquidará con base en el promedio de los salarios que sirvieron como base de cotización durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el de toda la vida, según resulte más favorable (artículo 21 de la Ley 100 de 1993), suma a la que debe aplicársele como tasa de reemplazo un monto que oscila entre el 55% y 65% del ingreso base de liquidación del afiliado, en forma decreciente, en función de su nivel de ingresos, y el cual se obtiene luego de despejar la fórmula “ $r=65.50-0.50s$ ”, donde “r” es el porcentaje del ingreso de liquidación, y “s” es el número de salarios mínimos legales mensuales vigentes, y que se incrementa en 1.5%, por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, sin que el valor total de la pensión pueda ser superior al 80% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima legal (artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).

Finalmente, se advierte que el reconocimiento pensional deberá dispensarse con 13 mesadas anuales, de conformidad con lo previsto en el párrafo transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, por haberse causado la prestación con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de alzada interpuesto; se fijan como agencias en derecho, en favor de la parte actora, la suma de \$1.160.000 que corresponde a un (1) SMLMV.

3.- DECISIÓN

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:


1.- Se **CONFIRMA** la sentencia proferida el 07 de febrero de 2023 por el Juzgado Primero Laboral de Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por Héctor Castaño Velásquez contra las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E.

2.- Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., se fijan como agencias en derecho, en favor de la parte actora, la suma de \$1.160.000

3.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES

VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

(Sin firma por ausencia justificada)