



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-006-2019-00011-01
Demandante:	Carlos Emilio Morales Pérez
Demandadas:	AFP Porvenir S.A., AFP Colfondos S.A. y Colpensiones E.I.C.E.
Asunto:	Apelación de Sentencia
Procedencia:	Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual Pensión de vejez en el Régimen de Prima Media

Medellín, noviembre diez (10) 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 y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE como magistrada ponente, procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, respecto de la sentencia proferida el 28 de agosto de 2023 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por Carlos Emilio Morales Pérez contra la AFP

Porvenir S.A., AFP Colfondos S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-006-2019-00011-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor Carlos Emilio Morales Pérez convocó a juicio a la AFP Porvenir S.A., AFP Colfondos S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo que se declare la ineficacia y/o nulidad de su traslado al Régimen de Ahorro Individual; se ordene a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. trasladar los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual; y se ordene a Colpensiones E.I.C.E. afiliarlo al Régimen de Prima Media, y cargar en su historia laboral los periodos cotizados en el Régimen de Ahorro Individual.

Adicionalmente pretende se declare que le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, en los términos previstos en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, modificadorio del artículo 33 de la Ley 100 de 1993; se ordene a Colpensiones E.I.C.E. pagar las mesadas retroactivas, con los intereses de mora, o subsidio la indexación; y se condene en costas a las entidades demandadas.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas se sintetizan en que el señor Carlos Emilio Morales Pérez nació el 14 de agosto de 1957; se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 09 de enero de 1979; estuvo afiliado a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., desde el 01 de enero de 1998; y se encuentra afiliado a la AFP Colfondos S.A. a partir del 01 de septiembre del 2000.

Adujo que la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., ni la AFP Colfondos S.A. le informaron cuáles eran las características que diferenciaban ambos regímenes pensionales, las prestaciones que consagraban, el valor de la pensión de vejez que cada uno le ofrecería; que el 10 de mayo de 2019 la AFP Colfondos S.A. proyectó que tanto en el Régimen de Ahorro individual como en el Régimen de

Prima Media tendría una mesada equivalente a un (1) SMLMV; que cuenta con 1.625,15 semanas cotizadas; y que el 12 de noviembre de 2019 le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. trasladarlo al régimen que administra, y reconocerle la pensión de vejez, peticiones que fueron denegadas el día 13 del mismo mes y año (doc.01, carp.01)

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada judicial legalmente constituido, la **AFP Colfondos S.A.** admitió que el señor Carlos Emilio Morales Pérez nació el 14 de agosto de 1957, y se afilió a la entidad el 18 de agosto del 2000.

Sostuvo que el demandante recibió información eficaz, oportuna, clara, suficiente, completa y veraz sobre características ventajas y desventajas de ambos regímenes; que el actor seleccionó el régimen de ahorro individual y suscribió el formulario de afiliación de manera voluntaria e informada; y que tuvo la oportunidad de regresar al régimen de prima media, pero dejó vencer el término establecido para ello, ratificándose en su decisión de permanecer afiliada al régimen de ahorro individual.

De consiguiente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y 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 al fondo de pensiones administrado por la AFP Colfondos S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago; y la excepción innominada o genérica (doc.09, carp.01).

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A.** admitió que el señor Carlos Emilio Morales Pérez se afilió a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., el 28 de noviembre de 1997; sin embargo, aseveró que previo a la celebración del referido acto jurídico, le brindó al demandante información clara, suficiente y veraz, acorde a los datos suministrados, y en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha de traslado, para que éste eligiera el régimen que mejor se ajustara a sus intereses,

explicándole las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, y que en tal sentido, el demandante si conoció de las implicaciones y consecuencias de su decisión.

De consiguiente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y excepcionó de mérito la prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; y buena fe (doc.09, carp.01).

Finalmente, **Colpensiones E.I.C.E.** admitió que el señor Carlos Emilio Morales Pérez nació el 14 de agosto de 1957, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 09 de enero de 1979, y le solicitó autorizar su retorno al régimen de prima media, y reconocerle la pensión de vejez, el 12 de noviembre de 2019, peticiones que fueron rechazadas el día 13 del mismo mes y año.

Se opuso la prosperidad de las pretensiones arguyendo que el acto jurídico de traslado de régimen pensional fue valido y produjo plenos efectos jurídicos, y porque el demandante se encuentra a diez (10) años o menos del requisito de tiempo para pensionarse; subsidiariamente solicitó el traslado íntegro de los aportes efectuados al Régimen de Ahorro Individual, incluyendo los rendimientos, y los descuentos aplicados durante la afiliación, debidamente indexados.

En su defensa excepcionó la carga dinámica de la prueba – particularidades del caso; inexistencia de vicio en el consentimiento; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho de afiliación al Régimen de Prima Media; falta de causa para demandar; falta de interés en su vida pensional; buena fe de Colpensiones E.I.C.E.; mala fe del demandante; devolución de cuotas de administración- seguros previsionales- comisiones, indexados; imposibilidad de condena en costas; prescripción; y compensación (doc.12, carp.01).

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 28 de agosto de 2023, absolvió a las AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones E.I.C.E., de las pretensiones incoadas por el señor Carlos Emilio Morales Pérez; y condenó en costas al demandante, en favor de las entidades demandadas (doc.34, carp.01).

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial del señor **Carlos Emilio Morales Pérez** interpuso el recurso de alzada en procura de que revoque el fallo de primer grado, y en su lugar, se acojan las pretensiones de la demanda, sustentando que la tesis esbozada por la cognoscente de primera instancia contraría las reglas jurisprudenciales que ha edificado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, quien ha entendido que no puede consentir de manera libre y voluntaria quien desconoce o no comprende los alcances de lo que está decidiendo, ni puede inferirse de la simple suscripción de un formulario, correspondiéndole a los fondos de pensiones accionados, por ser los expertos en la materia, acreditar que documentaron clara y suficientemente al afiliado sobre las consecuencias que le acarrearía el acto jurídico de traslado, incluso sobre el monto de la mesada pensional que se le reconocería; y que la declaratoria de la ineficacia pretendida encuentra sustento normativo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 (desde el minuto 00:47:55, doc.33, carp.01).

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, el vocero judicial del señor Carlos Emilio Morales Pérez reiteró los argumentos esbozados con la sustentación del recurso de apelación, esto es, que la a quo desconoció que según la jurisprudencia enseña que la manifestación libre y voluntaria no puede estimarse satisfecha con la simple expresión genérica plasmada en los formularios de afiliación, y por ello, solicitó que se revoque el fallo opugnado, y se acojan las pretensiones de la demanda (doc.03, carp.02).

Por su parte, la poderhabiente judicial de la AFP Porvenir S.A. solicitó que se confirme el fallo de primer grado, alegando que el incumplimiento de una expectativa económica no genera la ineficacia del acto jurídico de afiliación; que el demandante recibió información sobre las características de cada régimen pensional, sin que el registro documental de la asesoría, o el deber del buen consejo, fueran un requisito exigible para la época en la que se llevó a cabo el traslado; que en todo caso, es improcedente la devolución de los gastos de administración, porque los mismos tienen origen legal, y cumplieron la finalidad para la que fueron concebidos (doc.04, carp.02).

Finalmente, la apoderada judicial de la AFP Colfondos S.A. solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, alegando que el negocio jurídico celebrado con el demandante no está viciado de nulidad; que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no prevé la ineficacia que consagran los artículos 1740 y siguientes del Código Civil, sino la imposición de una multa administrativa; que el formulario de afiliación suscrito por el actor se presume autentico, no fue tachado de falso, y además contiene la declaración de selección libre, espontánea y sin presiones; y que el demandante ratificó su voluntad de afiliación al Régimen de Ahorro Individual, con su permanencia incuestionada en el mismo.

Adicionalmente indicó que de conformidad con lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil, debían garantizarse las restituciones mutuas, y por ello es improcedente ordenar el traslado de las cuotas de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, si al mismo tiempo se dispone el traslado de los rendimientos financieros, los cuales además mantienen actualizados el valor de los aportes, por lo que no debe ordenarse la indexación de ningún rubro (doc.06, carp.02).

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

La competencia de esta Corporación está dada por los puntos que fueron objeto de apelación por el señor **Carlos Emilio Morales**, 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.

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN LA PRIMERA INSTANCIA

Los siguientes supuestos fácticos no son objeto de controversia:

- Que el señor Carlos Emilio Morales Pérez nació el 14 de agosto de 1957 (págs.18-19, 20-21, doc.01, carp.01); y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 09 de enero de 1979 (págs.40-45, doc.01, carp.01; págs.213-219, doc.12, carp.01).
- Que se trasladó a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., el 28 de noviembre de 1997 (pág.26, doc.01, carp.01; pág.32, doc.10, carp.01); y se afilió a la AFP Colfondos S.A. el 18 de agosto del 2000 (pág.34, doc.01, carp.01; pág.21, doc.09, carp.01).
- Que el 10 de mayo de 2019 la AFP Colfondos S.A. proyectó que a los 62 años de edad se pensionaría en el Régimen de Ahorro Individual, bajo la garantía de pensión mínima, y en Régimen de Prima Media, con un (1) SMLMV (págs.30-33, doc.01, carp.01)
- Que el 12 de noviembre de 2019 le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. declarar la ineficacia y/o nulidad de su traslado al régimen de ahorro individual, afiliarlo al régimen de Prima Media, y reconocerle la pensión de vejez de forma retroactiva (págs.35-36, doc.01, carp.01); peticiones que fueron rechazada el 13 de noviembre de 2019 (págs.37-39, doc.01, carp.01).

- Que para el 17 de febrero de 2021 tenía un saldo acumulado de \$61.512.222,85 (págs.24-36, doc.09, carp.01), y para el 24 de octubre de 2022 contaba con 1.767,29 semanas cotizadas (doc.26, carp.01).

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

1.- ¿Si es ineficaz el traslado efectuado por el señor Carlos Emilio Morales Pérez desde el Régimen de Prima Media hacia el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., en la fecha 28 de noviembre de 1997, si la misma irradia su posterior afiliación a la AFP Colfondos S.A., en la fecha 18 de agosto del 2000?

En caso afirmativo, se establecerá ¿Si debe ordenarse a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A., además del traslado de las cotizaciones, y los rendimientos financieros, la devolución indexada, y con cargo a su propio patrimonio, de las comisiones de administración, los aportes al fondo de garantía mínima, y las primas del seguro previsional descontadas de la cotización, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia?

2.- ¿Si el señor Carlos Emilio Morales Pérez acredita los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en los términos previstos para los afiliados del Régimen de Prima Media?

En caso afirmativo habrá que establecer ¿Desde cuándo se hizo efectivo el derecho al disfrute de la prestación, el monto al que asciende la primera mesada, y si hay lugar al reconocimiento de intereses de mora, o en subsidio la indexación?

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 legal de información, y que el cumplimiento de éste debe ser probado por la administradora de pensiones con la que se surtió dicho traslado, razón por la cual, el fallo de primer grado será **revocado**.

Igualmente se sostendrá que de la ineficacia del traslado se deriva, no solo la devolución de los aportes y los rendimientos financieros, sino también el traslado indexado, con cargo al patrimonio de los fondos privados accionados, de todos los conceptos que hubieren afectaron el valor de la cotización obligatoria.

Finalmente se declarará que el actor acredita los requisitos de edad y semanas cotizadas para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, a partir del día siguiente al que efectuó la última cotización y se retiró del Sistema General de Pensiones, retroactivo pensional sobre el que se ordenará la respectiva indexación.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

2.5.1.- La ineficacia del traslado de régimen pensional

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

El Régimen de Prima Media 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 todos 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 de la afiliada, 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.*”

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 de la afiliada, 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; SL SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021, SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022, SL1637 del 11 de mayo de 2022 y más recientemente en las sentencias, 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, deben 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 a las mismas la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

Ahora bien, en el *sub juice*, se tiene establecido que el señor Carlos Emilio Morales Pérez se afilió Régimen de Prima Media, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones E.I.C.E., el 09 de enero de 1979 (págs.40-45, doc.01, carp.01; págs.213-219, doc.12, carp.01); que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., el 28 de noviembre de 1997 (pág.26, doc.01, carp.01; pág.32, doc.10, carp.01); y posteriormente se trasladó a la AFP Colfondos S.A., el 18 de agosto del 2000 (pág.34, doc.01, carp.01; pág.21, doc.09, carp.01), según se extrae del formulario de afiliación y del certificado de afiliaciones SIAFP incorporado al plenario (pág.22, doc.09, carp.01).

No obstante, los referidos documentos no dan cuenta de la información brindada al accionante previo a que se surtiera el acto jurídico del traslado, 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 supe 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);* y es por ello que del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad o consentimiento informado del actor para asentir el traslado de régimen pensional, ni el traslado horizontal en el régimen de ahorro individual, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Además, del interrogatorio practicado a el señor Carlos Emilio Morales Pérez no se deriva prueba de confesión, en tanto que el mismo indicó que solo recuerda que se afilió a la AFP Horizonte S.A. hace más de veinte (20) años; que la jefe de personal fue la que le dijo que debía trasladarse, y aunque no fue prevenido de alguna represalia, vio que los compañeros que no firmaron fueron despedidos; que no recibió asesoría por parte de los promotores del fondo privado, ni de la empresa; que para esa época no sabía cuáles eran los requisitos para pensionarse en uno u otro régimen; que se trasladó a la AFP Colfondos S.A. en las mismas circunstancias, pensando que tendría más seguridad; que ahora pretende retornar a Colpensiones E.I.C.E. porque en éste fondo puede recibir más platica; y que cuando se dio cuenta de las diferencias que existían entre los fondos privados y el fondo público ya no pudo trasladarse, porque había superado la edad (desde el minuto 00:17:45, doc.27, carp.01).

Corolario de lo anterior, es claro para la Sala que, si bien el gestor del proceso se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información clara, completa y comprensible al respecto, sin conocer las características ni el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, desconociendo las consecuencias del traslado y las desventajas que podría traerle de dicho régimen

pensional, así como tampoco conocía las reglas propias del Régimen de Prima Media.

Aunado a lo que se viene diciendo, esta Colegiatura advierte que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que la AFP Horizonte S.A., hoy 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; obligación que tampoco se acreditó fuera cumplida por la AFP Colfondos S.A.

En este escenario probatorio, esto es, ante la ausencia de medios demostrativos que den cuenta de la información que la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A. le brindo al actor al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no es posible una decisión distinta a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional, declaratoria que irradia o se hace extensiva a su pretérita afiliación a la AFP Colfondos S.A., y por ello se revocará la sentencia de primera instancia.

Finalmente, cumple indicar que la Sala se aparta de la posición adoptada por la falladora de primer grado, quien apartándose de las sub reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte Suprema de Justicia, indica que no existe soporte legal que sustente la declaratoria de ineficacia por el presunto incumplimiento del deber de información; que el referido efecto no se deriva el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; y que el reconocimiento anticipado de la pensión de vejez, en cuantía superior a la ofrecida por el régimen de prima media, ciertamente es posible en el régimen de ahorro individual.

Lo anterior habida cuenta que la jurisprudencia sentada por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, resulta vinculante respecto a los mismos asuntos, en virtud de su función unificadora, y del derecho a la igualdad de los usuarios de la administración de justicia, siendo claro que la normativa a aplicar en este asunto es el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que niega eficacia a la afiliación en virtud

de la afectación a la libertad de selección de régimen que deriva del incumplimiento del deber de información, sin que pueda ser el afiliado quien se vea afectado por las omisiones en las que incurran las administradoras de pensiones.

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen pensional:

La declaratoria de 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, para garantizar el financiamiento de la futura pensión del actor.

Y es que además, no puede afectarse el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media, con la disminución de la cotización en favor de la administradora del fondo privado accionada, teniendo en cuenta, que fue 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.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual, se pronunció recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877-2020, 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 ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el Régimen de Prima Media. 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 la 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”.

De manera particular, se relieves que 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, 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 la afiliada, 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.

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.

Adicionalmente, 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 adoctrinado 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 primas del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia que debe reintegrar la AFP, es un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, los cuales no se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, y en tal medida, no se capitalizaron, actualizaron ni indexaron, razón por la cual resulta procedente la condena por este concepto, tal y como lo ordenó la *a quo*.

En glosa de lo anterior, se ordenará a la AFP Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones E.I.C.E., con cargo a su propio patrimonio, las comisiones de administración, las cuotas por seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima que afectaron el valor de la cotización obligatoria del actor durante la vigencia de su afiliación a la AFP Horizonte S.A., por fusión con dicha administradora, esto es, entre el 01 de enero de 1998 y el 30 de septiembre del 2000, debidamente indexados; y a la AFP Colfondos S.A. que traslade a Colpensiones E.I.C.E. las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, el valor de las cotizaciones obligatorias y los rendimientos financieros; y con cargo a su propio patrimonio, las comisiones de administración, las cuotas por seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima que afectaron el valor de la cotización obligatoria del actor durante la

vigencia de su afiliación a dicha administradora, esto es, desde el 01 de octubre del 2000, debidamente indexados.

2.5.2.- La pensión de vejez

2.5.2.1.- De la causación de la pensión de vejez:

Estando establecido que el señor Carlos Emilio Morales Pérez debe tenerse por afiliado al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad, conviene señalar, en primer lugar, que aquel 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 36 años de edad, en vista de que nació el 14 de agosto de 1957 (págs.18-19, 20-21, doc.01, carp.01), y únicamente tenía 655 semanas (4.585 días) cotizadas (págs.40-41, doc.01, carp.01; págs.213-219, doc.12, carp.01), esto es, no acreditaba los 35 años de edad, los 15 años de servicios, ni las 771,42 semanas (CSJ SL1123-2021, SL3787-2021) que exige la normativa en cita para pensionarse con la edad, densidad de semanas, y monto descritos en el régimen anterior.

Ahora bien, para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el régimen general previsto para el Régimen de Prima Media, los 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 Carlos Emilio Morales Pérez acreditó el 14 de agosto de 2019, cuando cumplió los 62 años de edad, pues, se itera, nació el mismo día y mes del año 1960 (págs.18-19, 20-21, doc.01, carp.01), fecha para la cual había cotizado 1.766,86 semanas ante el Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta que los ciclos correspondientes al periodo comprendido entre el 01 de enero de 1995 y el 31 de diciembre de 1997, deben contabilizarse por 30 días (doc.26, carp.01).

2.5.2.2.- Del disfrute de la pensión de vejez:

Ahora bien, 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 se puede deducir 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).

En el plenario se encuentra plenamente demostrado que el señor Carlos Emilio Morales Pérez realizó aportes hasta el 31 de enero de 2019, y que se retiró expresamente del Sistema General de Pensiones durante el mismo ciclo (págs.24-36, doc.09, carp.01); y que solicitó el reconocimiento de la prestación el 12 de noviembre del mismo año, exteriorizando de forma inequívoca su intención de retirarse del sistema para disfrutar de la pensión (págs.35-36, doc.01, carp.01), asistiéndole el derecho a disfrutar de la pensión de vejez desde la fecha en la que cumplió la edad como último requisito para causar el derecho a su reconocimiento, esto es, desde el 14 de agosto de 2019.

Adicionalmente, se reliva que sobre las mesadas causadas desde tal fecha no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción en la medida en que, desde la fecha de su causación, 14 de agosto de 2019, la fecha de su reclamación, 12 de noviembre de 2019 (págs.35-36, doc.01, carp.01), y la fecha en la que se radicó la presente acción, 19 de diciembre de 2019 (pág.02, doc.01, carp.01), no transcurrió el término trienal al que hacen referencia los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

2.5.3.3. De la liquidación de la pensión de vejez:

El ingreso base de liquidación se establece con el promedio de los salarios que sirvieron como base de cotización durante los 10 años anteriores al reconocimiento

de la pensión, o el promedio de toda la vida laboral, siempre que el afiliado hubiere cotizado más de 1.250 semanas, y que dicho promedio resulte superior al de los últimos 10 años (artículo 21 de la Ley 100 de 1993), y realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, la Sala encontró que el promedio de los salarios reportados por el señor Carlos Emilio Morales Pérez durante los últimos 10 años asciende a \$765.493, mientras que el promedio de los salarios devengados durante toda la vida es de \$1.246.748, siendo éste el más favorable.

En lo que respecta al monto o tasa de reemplazo, se aplicó la fórmula prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993: “ $r=65.50-0,50s$ ”, esto es, dividió el IBL más favorable con el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2019 ($\$1.246.748/828.116=1,5$), resultado que se multiplicó por el factor 0,5 ($1,5*0,5=0,75$), restándosele dicho resultado al factor 65,50 ($65,50-0,75=64,75$), obteniendo como tasa de reemplazo inicial el 64,75%. Pero como el actor cotizó 1.766,86 semanas, le asiste el derecho a que la referida tasa se incremente en 1,5%, por cada 50 semanas adicionales a las 1.300 semanas mínimas requeridas para causar el derecho a la prestación, esto es, a que el monto antes descrito se incremente en un 13,5% por las 450 semanas adicionales ($1.766,86-1.300=450$; $450/50=9$; $9*1,5=13,5$), obteniéndose una tasa de reemplazo del 78,25%.

Así las cosas, la primera mesada de la demandante asciende a la suma de \$975.580 ($\$1.246.748*78,25\%=\975.580), y en razón de ello, Colpensiones E.I.C.E. deberá reconocer en favor del señor Carlos Emilio Morales Pérez la suma de \$58.813.591 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 14 de agosto de 2019 y el 31 de octubre de 2023, incluida únicamente la mesada adicional de diciembre de cada anualidad, siendo que la prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011 (parágrafo transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005).

En igual sentido, cumple indicar que la mesada a reconocer a partir del 01 de noviembre de 2023 asciende a la suma de \$1.250.925, tal y como se desprende de la liquidación anexa, la cual hace parte integral de la presente providencia.

Finalmente, se advierte que de conformidad con lo previsto en los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los aportes para el Sistema General de Salud se liquidan con base en el total de los ingresos que el afiliado hubiere recibido durante el periodo reportado, razón por la cual se autorizará a Colpensiones E.I.C.E. para descontar del retroactivo pensional dispensado los aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud, en favor del demandante.

2.5.3.4. De los intereses de mora y la indexación:

El artículo de la Ley 100 de 1993 prevé:

“ARTICULO. 141. INTERESES DE MORA. A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago”

Sin embargo, cumple memorar que por delineamiento jurisprudencial los referidos intereses:

“... (i) tienen una naturaleza resarcitoria y no sancionatoria, en consecuencia, la actuación de buena o mala fe no es relevante para su interposición, (ii) buscan reparar un perjuicio ante la falta de pago total o parcial de la mesada pensional, y (iii) existen salvedades que exoneran de su imposición, siempre y cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de nuevas reglas jurisprudenciales” (CSJ SL3130-2020, SL1019-2021).

Así las cosas, la Sala se abstendrá de proferir condena por concepto de intereses moratorios, por cuando el reconocimiento de la prestación deviene consecuencial de la declaratoria judicial de la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional, siendo atendible la razón esbozada por Colpensiones E.I.C.E., esto es, la ausencia de afiliación del actor al fondo de pensiones administrado por la entidad (págs.37-39, doc.01, carp.01), para negar administrativamente el reconocimiento de la prestación.

En su lugar, y como fue solicitado en la demanda, se ordenará a la indexación de las mesadas adeudadas, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la obligación, con el fin de compensar la pérdida de poder adquisitivo que han sufrido desde la fecha en que se hicieron exigibles, y que sufrirán hasta el momento en que sean canceladas (CSJ SL359-2021).

2.5.3.- Las costas del proceso

El numeral 4° del artículo 365 del Código General del Proceso prevé

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias”.

De esta manera, se condenará en costas a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. en ambas instancias. Las agencias en derecho de la primera instancia serán fijadas por la cognoscente de primer grado, y las de la segunda instancia se fijan en la suma de \$1.160.000, que corresponde a un (1) SMLMV, a cargo de cada una de aquellas codemandadas, conforme a lo reglamentado por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016.

Sin costas en ninguna de las instancias a cargo de Colpensiones E.I.C.E. por ser un tercero de buena fe respecto del acto jurídico declarado ineficaz, que debía comparecer a este litigio para atender pretensiones consecuenciales, y que no tenía la facultad de declarar la ineficacia ordenada, ni de disponer el reconocimiento de una prestación pensional respecto de quien no estaba afiliado al fondo de pensiones que administra.

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 **REVOCA** la sentencia proferida el 28 de agosto de 2023 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por Carlos Emilio Morales Pérez contra las AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones E.I.C.E., y en su lugar:

- a) Se **DECLARA** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual del señor Carlos Emilio Morales Pérez, a través de la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., en la fecha 15 de marzo de 1996, y su pretérita afiliación a la AFP Colfondos S.A., en la fecha 18 de agosto de 2000; debiéndose entender para todos los efectos que el mismo se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media, administrado por Colpensiones E.I.C.E., sin solución de continuidad.
- b) Se **CONDENA** a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones E.I.C.E. las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, el valor de las cotizaciones obligatorias y los rendimientos financieros; y con cargo a su propio patrimonio, las comisiones de administración, las cuotas por seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima que afectaron el valor de la cotización obligatoria del actor durante la vigencia de su afiliación a dicha administradora, debidamente indexados.
- c) Se **CONDENA** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones E.I.C.E., con cargo a su propio patrimonio, las comisiones de administración, las cuotas por seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima que afectaron el valor de la cotización

obligatoria del actor durante la vigencia de su afiliación a dicha administradora, debidamente indexados.


- d) Se **DECLARA** que al señor Carlos Emilio Morales Pérez le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez prevista en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, modificadorio del artículo 33 de la Ley 100 de 1993; prestación pensional que se causó el 14 de agosto de 2019, y cuyo disfrute se hizo efectivo a partir de la misma fecha.
- e) Se **CONDENA** a Colpensiones E.I.C.E. a pagar en favor del actor la suma de \$58.813.591 por concepto de retroactivo pensional liquidado entre el 14 de agosto de 2019 y el 31 de octubre de 2023, incluida la mesada adicional de diciembre de cada anualidad, suma que deberá ser indexada, y sobre la que se autorizan descontar los aportes para el Sistema General de Salud. La mesada a reconocer a partir del 01 de noviembre de 2023, asciende a la suma de \$1.250.925, sin perjuicio de los incrementos y descuentos de ley.
- f) Se **ABSUELVE** a Colpensiones E.I.C.E. de la pretensión referida al reconocimiento de los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, conforme a lo dicho en la parte motiva de la decisión; en subsidio, se **ORDENA** la indexación del retroactivo pensional adeudado, liquidada desde la fecha causación de cada mesada y hasta la fecha en que se materialice el pago efectivo de la obligación.
- g) Se **CONDENA** en costas a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A., en favor del demandante, por haber resultado vencida en juicio. Las agencias en derecho serán tasadas por la cognoscente de primera instancia.


2.- Costas en esta instancia a cargo de las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A.; se fijan como agencias en derecho en favor del señor Carlos Emilio Morales Pérez la suma de \$1.160.000, a cargo de cada una de aquellas codemandadas.


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