



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-009-2021-00052-01
Demandante:	Luz Mariela Rivera
Demandadas:	AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E.
Litis Pasiva:	La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Asunto:	Apelación y Consulta de Sentencia
Procedencia:	Juzgado Noveno 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 veintisiete (27) 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no controvertidos por la entidad pública, respecto de la sentencia proferida el 26 de octubre de 2023 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por Luz Mariela Rivera contra la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., y en el que se

integró el contradictorio con La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-009-2021-00052-01.

## **1.- ANTECEDENTES**

### **1.1.- DEMANDA**

La señora Luz Mariela Rivera convocó a juicio a las AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo que se declare la ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual; y se ordene a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones E.I.C.E. el saldo de su cuenta de ahorro individual, con los rendimientos, frutos, intereses, cuotas de administración, comisiones, seguro previsional y aportes al fondo de solidaridad pensional.

Adicionalmente, pretende que se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y de la pensión de vejez; y se ordene a Colpensiones E.I.C.E. pagar las mesadas comunes y adicionales que ya se hubieren causado, 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 la señora Luz Mariela Rivera nació el 23 de agosto de 1962; estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales; y se afilió a la AFP Colmena S.A., hoy AFP Protección S.A., en octubre de 1999, después de que uno de sus jefes reuniera a varios trabajadores, incluida ella, y les manifestara que tenían que pasarse a un fondo privado porque el ISS estaba teniendo muchos problemas económicos y se iba a acabar y que ellos no iban a responder por lo que sucediera.

Adujo que su jefe tenía los formularios de afiliación a las AFP Colmena S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A., y ella escogió la primera porque la conocía como administradora de riesgos laborales; que en ningún momento le informaron que la pensión en los fondos privados era por capital, ni recibió un estudio individual, previo, concreto de índole técnico y financiero que le permitiera dimensionar la

trascendencia de su decisión y objetivar las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, y tampoco recibió asesorías posteriores.

Dijo que el 26 de agosto de 2019 la AFP Protección S.A. proyectó que solo se pensionaría bajo la garantía de pensión mínima, mientras que en el Régimen de Prima Media habría causado una mesada de \$1.248.456; que el 18 de febrero de 2020 le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. autorizar su traslado; y que supera los 57 años de edad, y cuenta con 1.625,29 semanas cotizadas (doc.02, carp.01).

## 1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada judicial legalmente constituido, **Colpensiones E.I.C.E.** admitió que la señora Luz Mariela Rivera nació el 23 de agosto de 1962, y que el 18 de febrero de 2020 le solicitó autorizar su retorno al Régimen de Prima Media.

Se opuso la prosperidad de las pretensiones, por carecer de fundamentación fáctica y legal, arguyendo que el traslado de régimen pensional de la demandante fue válido y produjo plenos efectos jurídicos; que la carga de probar los presuntos vicios de los que adoleció el consentimiento le asiste exclusivamente a la actora; y que la misma le faltan diez (10) años o menos para pensionarse.

En su defensa excepcionó inexistencia de la obligación de aceptar el traslado de la demandante a Colpensiones; imposibilidad jurídica de cumplir con las obligaciones pretendidas; prescripción; buena fe; imposibilidad de condena en costas; y la excepción innominada (doc.07, carp.01).

Por su parte, la **AFP Protección S.A.**, admitió que la señora Luz Mariela Rivera nació el 23 de agosto de 1962, que se afilió a la AFP Colmena S.A., hoy AFP Protección S.A., en el año 1999; y que el 26 de agosto de 2019 proyectó que la actora solo se pensionaría bajo la garantía de pensión mínima, mientras que en el Régimen de Prima Media habría causado una mesada de \$1.248.456.

Aseveró que la demandante recibió de sus asesores información amplia, adecuada, suficiente, clara, comprensible, precisa y detallada respecto de las características propias de cada régimen pensional, para que de manera libre e informada seleccionara el más conveniente, según sus condiciones personales, y que la actora 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 resistió la prosperidad de las pretensiones, y de fondo excepcionó la inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración; inexistencia de la obligación de devolver las primas del seguro previsional; y la excepción genérica o innominada (doc.09, carp.01).

Finalmente, **La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, asintió que la señora Luz Mariela Rivera se encuentra afiliada al Régimen de Ahorro Individual desde el 27 de octubre de 1999; que a la misma le asiste el derecho al reconocimiento de un Bono Pensional Tipo A Modalidad 2, por haberse traslado desde el Régimen de Prima Media, en el que concurren La Nación, como emisora, y Colpensiones E.I.C.E., como contribuyente; que la redención normal de bono pensional tuvo lugar el 23 de agosto de 2022, cuando la actora cumplió los 60 años de edad; que el estado actual del bono pensional es “*liquidación provisional*”; y que su emisión y/o pago solo tendrá lugar cuando la AFP Protección S.A., autorizada previamente por la demandante, así lo solicite.

Explicó que si la actora retorna al Régimen de Prima Media no tendrá derecho a la emisión del Bono Pensional Tipo A Modalidad 2, por resultar completamente incompatible, y solo, eventualmente, tendría derecho al pago de un Bono Pensional Tipo B, o al reconocimiento de una cuota parte pensional, por el tiempo laborado

como servidora pública, comprendido hasta la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, si es que ello hubiere tenido lugar.

En su defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de la obligación; prescripción; buena fe; y la excepción genérica (doc.23, carp.01)

### **1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 26 de octubre de 2023, declaró ineficaz el cambio al Régimen de Ahorro Individual de la señora Luz Mariela Rivera y, en consecuencia, declaró que la misma ha permanecido afiliada al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad; condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con los rendimientos, frutos, intereses, y bonos que se hubieren redimido, y con cargo a sus propios recursos, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y de las primas del seguro previsional, debidamente indexados; y condenó a Colpensiones E.I.C.E. a recibir los aludidos valores e incorporarlos en la historia laboral de la demandante como semanas válidamente cotizadas.

Adicionalmente declaró que la señora Luz Mariela Rivera le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, a partir del 01 de febrero de 2020, en razón de trece mesadas al año; condenó a Colpensiones E.I.C.E. a pagar en favor de la actora la suma de \$60.741.342 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 01 de febrero de 2020 y el 30 de septiembre de 2023, y la suma de \$1.502.241, por concepto de mesada pensional, a partir del 01 de octubre de 2023; ordenó la indexación del retroactivo pensional adeudado, y autorizó descontar del mismo los aportes para el Sistema General de Salud.

Finalmente, absolvió a las AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E. de los demás cargos formulados; declaró no probadas las excepciones de mérito

propuestas por las codemandadas; y condenó en costas a la AFP Protección S.A., en favor de la demandante (doc.34, carp.01).

#### **1.4.- RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada judicial de la señora **Luz Mariela Rivera** interpuso el recurso de alzada, precisando que su inconformidad únicamente versa sobre la tasa de reemplazo considerada por la a quo, ya que para el efecto tuvo en cuenta la historia laboral del 06 de diciembre de 2022, que registra 1.449 semanas, sin considerar que la misma claramente registra 184 semanas en revisión; adujo que considerando 1.625 semanas realmente cotizadas, conforme a la última historia laboral incorporada, actualizada al 24 de octubre de 2023, la tasa de reemplazo no sería del 68%, sino del 73,55%, lo que conlleva a que se calcule nuevamente el monto de la mesada pensional reconocida para el año 2020, el retroactivo pensional liquidado, y la mesada pensional que se seguirá reconociendo (desde el minuto 01:04:50, doc.33, carp.01).

Por su parte, la vocera judicial de **Colpensiones E.I.C.E.**, impetró el recurso de apelación, sustentado que la demandante se encuentra inmersa la prohibición legal de traslado de régimen pensional en razón de la edad; que la misma acredita los requisitos para ser pensionada por el Régimen de Ahorro Individual, siendo éste, y no el Régimen de Prima Media, el que debe asumir la carga pensional que representa; que la entidad no puede resultar afectada por la ineficacia de un acto jurídico en el que no tuvo ninguna injerencia; que la decisión adoptada en la primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones; y que es improcedente el reconocimiento de la prestación pensional, sin que se hubiere hecho efectivo el traslado de los recursos que financiará la misma (desde el minuto 01:08:24, doc.33, carp.01).

#### **1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, la procuradora judicial de **Colpensiones E.I.C.E.** reiteró los argumentos esbozados con la sustentación del recurso de alzada, agregando que a la demandante le asistía la carga de probar la insuficiencia de la información brindada por el fondo privado; que el formulario de afiliación es prueba suficiente del cumplimiento del deber de información; y que el artículo 1604 del Código Civil no consagra una presunción de culpa, y por ello es necesario demostrar el incumplimiento, en este caso, del fondo privado (doc.03, 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 fueron objeto de apelación por la señora **Luz Mariela Rivera** y por **Colpensiones E.I.C.E.**, 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 aspectos que no fueron objeto del recurso 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 la señora Luz Mariela Rivera nació el 23 de agosto de 1962 (págs.39-40, doc.03, carp.01); se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 05 de octubre de 1983 (págs.07-12, doc.07, carp.01; págs.30-39, doc.23, carp.01), y se trasladó a la AFP Colmena S.A., hoy AFP Protección S.A. el 27 de octubre de 1999 (pág.10, doc.03, carp.01; pág.80, doc.09, carp.01).

- Que el 18 de febrero de 2020 suscribió un formulario de afiliación a Colpensiones E.I.C.E. (pág.03, doc.03, carp.01), y le solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de forma retroactiva (pág.04, doc.03, carp.01), peticiones que fueron rechazada el en la misma fecha (págs.11-13, doc.03, carp.01).

### **2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER**

Debe determinar la Sala:

**1.-** ¿Si el traslado efectuado por la señora Luz Mariela Rivera desde el Régimen de Prima Media hacia el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Colmena S.A., hoy AFP Protección S.A., en la fecha 27 de octubre de 1999, adolece de ineficacia?

- ¿Si la AFP Protección S.A., además del traslado de las cotizaciones y los rendimientos financieros, debe devolver, de manera indexada y con cargo a su propio patrimonio, las comisiones de administración, aportes al fondo de garantía mínima, y primas del seguro previsional descontados de la cotización, como consecuencia de la ineficacia?

**2.-** ¿Si la señora Luz Mariela Rivera acredita los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en los términos previstos para los afiliados del Régimen de Prima Media?

- ¿Desde cuándo se causó y a partir de qué momento tiene derecho al disfrute de la prestación; el monto al que asciende la primera mesada, conforme al ingreso



base de liquidación y tasa de reemplazo aplicables; y si hay lugar al reconocimiento de 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 de información, y de forma consecencial, debe ordenarse el traslado, no solo de los aportes y los rendimientos financieros, sino también de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria, debidamente indexados.

Adicionalmente, se sostendrá que la actora 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 que el retroactivo pensional adeudado debe ser indexado, para mantener actualizado su valor.

Pese a ello, el fallo de primer grado será **modificado**, en el sentido de liquidar el valor de la mesada pensional con base en la historia laboral más actualizada, y **confirmado** en todo lo demás.

## 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 1° 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 la señora Luz Mariela Rivera se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Colmena S.A., hoy AFP Protección S.A., el 27 de octubre de 1999 (pág.26, doc.01, carp.01; pág.32,

doc.10, carp.01), según se extrae del certificado de afiliaciones SIAFP y del formulario de afiliación incorporados al plenario (págs.78-79, 80, 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 de la actora para asentar el traslado de régimen pensional, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Además, del interrogatorio practicado a la señora Luz Mariela Rivera no se deriva prueba de confesión, en tanto que la misma indicó que un día normal de trabajo, cuando estaba terminando el turno de las 6:00am, uno de los jefes reunió a los compañeros de trabajo, y les dijo que se tenían que pasar para los fondos privados de pensiones porque el Seguro Social estaba muy mal económicamente, y la empresa no iba a responder si esas pensiones se perdían; que le entregaron tres hojas de las AFP Colmena S.A., Protección S.A., y Porvenir S.A.; que escogió afiliarse a la AFP Colmena S.A. porque era la misma administradora de riesgos profesionales a la que pertenecía, y la única que conocía; y que suscribió el formulario de afiliación en la oficina de gestión humana, pero el mismo ya estaba diligenciado, solo falta firmarlo; que no se contactó con ningún asesor para recibir información adicional; que solo en 2019, cuando cumplió la edad mínima para la pensión, entendió cuál era la diferencia entre el fondo público y los privados; que recibe los extractos de su cuenta de ahorro individual, pero solo comenzó a entenderlos desde el año 2019; que no realizó aportes voluntarios, porque no sabía que era posible; y que pretende retornar a Colpensiones E.I.C.E., porque le ofrece una mesada mayor (desde el minuto 00:16:20, doc.33, carp.01).

Corolario de lo anterior, es claro para la Sala que, si bien la gestora 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, sin recibir información sobre las consecuencias del traslado y las desventajas que podría traerle 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 Colmena S.A., hoy AFP Protección 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 la pretensora, en la medida en que ni siquiera acompañó el proceso de afiliación de la actora.

En este escenario probatorio, esto es, ante la ausencia de medios demostrativos que den cuenta de la información que la AFP Colmena S.A., hoy AFP Protección S.A. le brindó a la actora 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 , y por ello, la sentencia apelada y consultada será confirmada en este aspecto.

#### **2.5.2. 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 de la 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 de la actora.

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 de la actora, 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 la 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 de la 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 de la 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 de la demandante, y en tal medida, no se capitalizaron, actualizaron ni indexaron.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en cuanto dispuso el traslado de los aportes y rendimientos financieros, y la devolución indexada, y con cargo a los recursos propios de la AFP Protección S.A., de las cuotas de administración, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y las primas del seguro previsional, causados durante la vigencia de cada afiliación.

### **2.5.3.- La pensión de vejez**

#### **2.5.3.1.- La causación de la pensión**

Estando establecido que la señora Luz Mariela Rivera pertenece al Régimen de Prima Media, conviene señalar, en primer lugar, que aquella no es beneficiaria 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 31 años de edad, en vista de que nació el 23 de agosto de 1962 (págs.39-40, doc.03, carp.01), y únicamente tenía 311,85 semanas (2.183 días) cotizadas (doc.30, 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 de pensiones, 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 la señora Luz Mariela Rivera acreditó el 23 de agosto de 2019, cuando cumplió los 57 años de edad, pues, se itera, nació el mismo día y mes del año 1962 (págs.39-40, doc.03, carp.01), fecha para la cual había cotizado 1.623 semanas (11.361 días) ante el Sistema General de Pensiones (doc.30, 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).

No obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia también se ha sostenido que cada caso en concreto debe analizarse de manera particular: *“... pues existen situaciones especiales en la cuales la data de la desafiliación formal del sistema no coincide con la material, momentos en los cuales debe acudir al acervo probatorio, con el fin de establecer la realidad procesal del asunto controvertido, de manera que se pueda llegar a concluir que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación física del sistema”*. Y en la misma providencia explicó *“... cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, ella puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional”* (CSJ SL1302-2021).

En el *sub juice* se encuentra plenamente demostrado que la señora Luz Mariela Rivera realizó aportes hasta el 31 de enero de 2020 (doc.30, carp.01); y que solicitó el reconocimiento de la prestación el 18 de febrero del mismo año (pág.04, doc.03, carp.01), exteriorizando de forma inequívoca su intención de retirarse del sistema para disfrutar de la pensión de vejez, asistiéndole entonces el derecho a su reconocimiento desde el día siguiente al de la última cotización, esto es, desde el 01 de febrero de 2020, tal y como lo razonó la cognoscente de primera instancia.

Adicionalmente, se relieves que sobre las mesadas causadas desde aquel entonces no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción en la medida en que, desde la fecha de su causación, 01 de febrero de 2020, la fecha de su reclamación, 18 de febrero de 2020 (pág.04, doc.03, carp.01), y la fecha en la que se radicó la presente acción, 03 de febrero de 2021 (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:**

Lo primero que cumple relieves es que la historia laboral allegada con el libelo genitor, con fecha de generación 06 de diciembre de 2020, registra 1.625,29 semanas cotizadas (págs.16-31, doc.03, carp.01); que la historia laboral incorporada con la contestación de la demanda, con fecha de generación 16 de diciembre de 2021, también reporta 1.625,29 semanas cotizadas (págs.40-55, doc.09, carp.01); que la historia laboral allegada posteriormente por la AFP Protección S.A., con fecha de generación 06 de diciembre de 2022, registra 1.449 semanas cotizadas (doc.19, carp.01), siendo ésta la considerada por la a quo a efectos de liquidar el monto de la mesada; y que la última historia laboral incorporada por la parte actora, con fecha de generación 24 de octubre de 2023, reporta 1.642,57 semanas cotizadas (doc.30, carp.01).

La diferencia que se presenta radica en que la historia laboral generada 06 de diciembre de 2022, y que registra 1.449 semanas cotizadas no se contabilizaron las semanas que fueron cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, entre el 15 de abril de 1991 y el 30 de abril de 1999 (doc.09, carp.01), mientras que las historia laborales generadas el 06 de diciembre de 2020 (págs.16-31, doc.03, carp.01), el 16 de diciembre de 2021 (págs.40-55, doc.09, carp.01), y el 24 de octubre de 2023, aquellas semanas aparecen debidamente registradas (doc.30, carp.01), siendo del caso relieves que las mismas, también están reportadas en el resumen de semanas cotizadas generado por Colpensiones E.I.C.E. el 11 de junio de 2021 (págs.07-12, doc.07, carp.01), y en la historia laboral válida para bono pensional, generada por La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el 19 de diciembre de 2022 (págs.30-39, doc.23, carp.01).

De consiguiente, la sentencia apelada será modificada en el sentido de liquidar el valor de la mesada pensional con base en la historia laboral que tiene como fecha de generación el 24 de octubre de 2023 (doc.30, carp.01), con la advertencia de que los ciclos correspondientes al periodo comprendido entre el 01 de enero de 1995 y el 30 de noviembre de 1999, deben ser considerados sobre 30 días cotizados, aunque algunos meses tuvieron 28, 29 o 31 días, obteniéndose un total de 1.641,14 semanas cotizadas (11.488 días – ver liquidación anexa).

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 la señora Luz Mariela Rivera durante toda la vida es de \$1.418.255, mientras que el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años asciende a \$1.819.737, 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 2020 ( $\$1.819.737/877.802=2,1$ ), resultado que se multiplicó el por el factor 0,5 ( $2,1*0,5=1,05$ ), restándosele dicho resultado al factor 65,50 ( $65,50-0,75=64,45$ ), obteniendo como tasa de reemplazo inicial el 64,45%. Pero como la actora cotizó 1.641,14 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 9,5% por las 341,14 semanas adicionales ( $1.641,14-1.300=341,41$ ;  $341,14/50=6$ ;  $6*1,5=9$ ), para una tasa de reemplazo del 73,45%.

Así las cosas, la Sala colige que la primera mesada de la señora Luz Mariela Rivera asciende a la suma de \$1.336.597 ( $\$1.819.737*73,45\%=\$1.336.597$ ), y en razón de ello, Colpensiones E.I.C.E. deberá reconocer en favor de la señora Luz Mariela Rivera la suma de \$72.328.561 por concepto de retroactivo pensional liquidado entre el 01 de febrero de 2020 y el 30 de noviembre 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 diciembre de 2023 asciende a la suma de \$1.686.678, 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 confirmará la autorización dispensada a Colpensiones E.I.C.E. para descontar del retroactivo pensional adeudado los aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud, en favor de la demandante.

#### 2.5.3.4. De la indexación:

En lo que respecta a la indexación, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia rectificó:

*“En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem.*

(...)

*Debe insistirse en que la indexación no aumenta o incrementa las condenas, sino, más bien, garantiza el pago completo e íntegro de la obligación. Sin la indexación, las condenas serían deficitarias y el deudor recibiría un menor valor del que en realidad se le adeuda, premisa que tiende a agudizarse en tiempos de crisis y congestión judicial”* (CSJ SL359-2021)

Consecuentemente, la Sala considera que, en efecto, las sumas reconocidas por concepto de retroactivo pensional tendrán que indexarse para 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 se materialice su pago, y materializar el derecho que le asiste a la señora Luz Mariela Rivera de recibir el valor real de lo debido, debiéndose confirmar en este aspecto lo decidido por el juez de primera instancia.

#### 2.5.4.- Condena en costas

El numeral 1º 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:*

*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”.*

Consecuentemente, las costas de la segunda instancia estarán a cargo de Colpensiones E.I.C.E., por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto; se fijan como agencias en derecho en favor de la señora Luz Mariela Rivera la suma de \$1.160.000, que corresponde a un (1) SMLMV, conforme a lo reglamentado por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016.

### 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 **MODIFICA** el numeral quinto de la sentencia proferida el 26 de octubre de 2023 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por Luz Mariela Rivera contra las AFP Protección S.A., y Colpensiones E.I.C.E., el cual quedará del siguiente tenor:

*“**QUINTO:** Se CONDENA a Colpensiones E.I.C.E. a pagar en favor de la actora la suma de \$72.328.561 por concepto de retroactivo pensional liquidado entre el 01 de febrero de 2020 y el 30 de noviembre 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 diciembre de 2023, asciende a la suma de \$1.686.678, sin perjuicio de los incrementos y descuentos de ley.”*

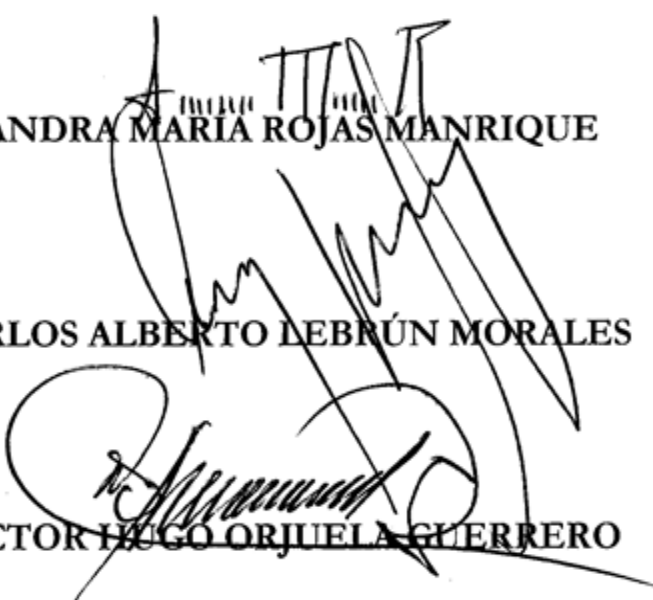
2.- Se **CONFIRMA** en todo lo demás la sentencia de fecha y origen conocidos.

3.- Costas en esta instancia a cargo de las AFP Protección S.A. y se fijan como agencias en derecho en favor de la señora Luz Mariela Rivera la suma de \$1.160.000, a cargo de cada una de aquellas codemandadas.

4.- 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 3º 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 DEBRÚN MORALES

VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO