



República de Colombia



Sala Quinta de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 05001 31 05 **012 2022 00483** 01
DEMANDANTE: JUAN CARLOS PORRAS CARO
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Medellín, veintiséis (26) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los Magistrados **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Porvenir SA y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 9 de febrero de 2023, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Medellín.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS, su retorno y activación al RPMPD administrado por Colpensiones y, en consecuencia, se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones todos los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo los rendimientos financieros, cuotas e intereses, cuotas de administración y demás descuentos realizados en vigencia de la afiliación debidamente indexados. Se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 25 de noviembre de 2022, los intereses moratorios y las costas del proceso (pág. 4 arch. 03, C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 25 de noviembre de 1960, cumpliendo los 62 años de edad, para el mismo día y

mes del año 2022; que se afilió inicialmente a Colpensiones y a la entrada en vigencia del SGP fue visitado por un promotor de Porvenir, quien sin brindarle una asesoría completa, amplia y suficiente, lo convenció de trasladarse al RAIS, pero que nunca le explicaron que la pensión se obtenía por capital, los requisitos para una pensión anticipada, la garantía de pensión mínima y cuándo operaba, así como tampoco los factores que influyen para establecer el monto de la pensión como expectativa de vida propia y de los beneficiarios (págs. 2 a 4 arch. 03, C01).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió mediante auto del 7 de diciembre de 2022 y se ordenó la notificación y traslado a las demandadas (arch. 04 y 5, C01) quienes dieron respuesta, en término oportuno.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, indicó que no tiene responsabilidad alguna con las consecuencias derivadas del traslado, pues el cambio de régimen fue realizado con pleno consentimiento materializado en la aceptación y firma del formulario de afiliación al RAIS, razón por la cual no le asiste la obligación a la entidad de reactivar la afiliación del demandante cuando su afiliación es totalmente válida o recibir los aportes que el actor realizó en la AFP privada, y mucho menos a realizar el estudio, reconocimiento y pago de la pensión de vejez; propuso excepciones de mérito que denominó inexistencia de la afiliación en el traslado de régimen, indebida aplicación de las normas materia de asesoría de traslado pensional, la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, imposibilidad de retorno al RPMPD, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera, prescripción, compensación, desconocimiento del precedente Jurisprudencial, buena fe, improcedencia de devolver los aportes debidamente indexados, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, improcedencia de la obligación de pagar intereses moratorios, improcedencia de la indexación e imposibilidad de condena en costas (arch. 08 ídem).

Porvenir por su parte se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no existe una causal legal para que se declare la nulidad y/o

ineficacia del traslado, teniendo en cuenta la inexistencia de vicio del consentimiento o causal de ineficacia en la afiliación realizada a Porvenir; que el traslado al RAIS goza de plena validez, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, pues el asesor suministró la totalidad de la información detallada, clara, precisa y oportuna respecto a los efectos jurídicos existentes; formuló las excepciones de mérito denominadas buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas (arch. 09 ídem).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** y la **Procuraduría General de la Nación**, a pesar de haber sido legalmente notificadas acerca de la existencia del presente proceso, guardaron silencio (arch. 5 ídem).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Medellín, en audiencia celebrada el 9 de febrero de 2023, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS a través de la AFP Porvenir, y que siempre estuvo válidamente afiliado al RPMPD; en consecuencia, condenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual del actor junto con los rendimientos financieros, aunado a las cuotas de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados con cargo a sus propios recursos, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique.

Ordenó a Colpensiones recibir tales dineros y reactivar la vinculación del demandante en el RPMPD sin solución de continuidad; y que una vez reciba dichos dineros proceda a reconocer y pagar la pensión de vejez, la cual deberá ser liquidada por dicha administradora teniendo en cuenta hasta la última semana de cotización y con los parámetros establecidos en el artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, con disfrute de la mesada pensional a partir de la fecha de la última cotización efectuada. Declaró no probada la excepción de prescripción y las demás implícitamente resueltas, e impuso costas a cargo de

la AFP y a favor del demandante, no así a Colpensiones.

En síntesis, consideró que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de obligatoria observancia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP desde la creación de la Ley 100 de 1993 y ha evolucionado con el paso del tiempo; que si bien la escogencia de régimen es libre y voluntaria, la firma del formulario de afiliación y los comunicados de prensa son insuficientes para dar por demostrado el cumplimiento del deber de un consentimiento informado, pues debían darse a conocer las características de los dos regímenes, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias que podía acarrear el traslado, invirtiéndose la carga de la prueba a favor del afiliado. Indicó que la ineficacia conlleva a que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del acto jurídico ineficaz, por lo que la AFP debe devolver las cotizaciones, rendimientos y demás sumas adicionales con destino a Colpensiones; y que, el demandante cumplió los 62 años edad para el 25 de noviembre de 2022 y cotizó para dicha data un total de 1371 semanas, cumpliendo los requisitos necesarios del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, y dado que no existe prueba de que se haya retirado del sistema, Colpensiones deberá liquidar la mesada pensional de conformidad con los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, sobre 13 mesadas al año, sin que opere el fenómeno jurídico de la prescripción (arch. 16, C01).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir SA manifiesta su inconformidad en cuanto se ordenó la devolución de los gastos de administración y las sumas adicionales de las aseguradoras; afirma que frente al primero, dichos descuentos fueron necesarios y conllevaron a que los aportes del demandante se triplicaran con los rendimientos financieros y, frente al segundo ítem, estos dineros se encuentran en manos de un tercero, quien ya cubrió los riesgos de invalidez y sobrevivencia por lo que es imposible su devolución. Finalmente, que no procede la condena en costas pues la entidad actuó de buena fe dentro del presente trámite.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 9 de octubre de 2023 se admitió el recurso impetrado, así como el grado

jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 2 C02).

Porvenir indicó que los descuentos realizados al actor por concepto de gastos administrativos no corresponden a un actuar caprichoso, sino que, por el contrario, tienen su fundamento en la misma Ley que creó el sistema pensional. Afirma que exigir dicha devolución traería como consecuencia que los rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorro individual del actor deben permanecer a cargo del fondo, pues estos son consecuentemente producto de la buena administración de los aportes.

Solicita se exonere del pago de las costas procesales, pues su actuar procesal no solo es obligatorio sino de buena fe, dado que a mutuo propio no puede declarar la ineficacia de la afiliación y el traslado del demandante, pues es la normatividad vigente la que lo prohíbe.

La parte demandante solicita se confirme la decisión de instancia, en la medida que la AFP del RAIS no le suministró una asesoría clara, completa y eficiente, la cual le permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones de su traslado (arch. 6 C02).

Colpensiones por su parte indicó que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; por ello, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga (arch. 8, C02).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no

comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver la apelación y a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y de conformidad con lo previsto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en ese caso, cuáles son las consecuencias de tal declaratoria.

Finalmente se verificará lo atinente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 25 de noviembre de 1960 (pág. 12 arch. 03, C01); **ii)** se afilió al extinto ISS donde efectuó cotizaciones entre el 18 de junio de 1980 y el 30 de septiembre de 1999 para un total de 529.29 semanas (págs. 3 a 7 arch. 06, C01); **iii)** el 07 de septiembre de 1999 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir, con fecha de efectividad desde el 1º de noviembre de esa anualidad (págs. 41 y 42 arch. 03, C01), administradora a la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1447 semanas cotizadas conforme la historia laboral consolidada, del 24 de diciembre de 2022 (págs. 64 a 75 arch. 09, *ibidem*).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el art. 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inc. 1º del art. 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inc. 7º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de

pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir el 7 de septiembre de 1999 con fecha de efectividad desde el 1º de noviembre de esa anualidad y si bien en el formulario de vinculación n.º 01239757 (pág. 41 arch. 03, *ibídem*) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, así como que fue asesorado de varios aspectos generales, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente, comprensible y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada sentencia CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP porvenir, que hubiera suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 07 de septiembre de 1999 con su afiliación a la AFP Porvenir, efectiva desde el 1º de noviembre de esa anualidad.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, y la administradora de fondo de pensiones respectiva debe devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hay; así mismo, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, las primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración; todo lo anterior, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, discriminado con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en

los términos de la jurisprudencia vigente, tal como lo ordenó la primera instancia, por lo que se **confirmará** la sentencia apelada y consultada.

Respecto de la excepción de **prescripción**, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, «(...) pues, *recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*¹, por lo que resulta acertada la decisión de la primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Pensión de vejez. Al demandante le es aplicable el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que establece como requisitos para tal fin: i) haber cumplido 60 años en el caso de los hombres, edad que se incrementó a partir del 1º de enero de 2014 a 62 años; y, ii) tener una densidad de 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, las cuales se incrementaron anualmente a partir del 1º de enero de 2005 en 50; y a partir del 1º de enero de 2006 en 25 hasta llegar a 1.300 semanas de cotización a partir del año 2015. En este caso, se advierte que el demandante arribó a los 62 años el **25 de noviembre de 2022** (pág. 12 arch. 03, C01), momento en el que acumulaba **1447** semanas de cotización (pág. 64 a 75 arch. 09, C01), por lo tanto, se concluye que cumple con las exigencias de la norma mencionada, para la causación del derecho reclamado, desde la data en que arribó a la edad mínima pensional.

Respecto al disfrute de la pensión, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 establece que dicha prestación se reconocerá a solicitud de la parte interesada, reunidos los requisitos mínimos, previa desafiliación al régimen y teniendo en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo. Como se ha establecido en reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el acto de desafiliación al régimen puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de 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

¹ CSJ SL1688-2019.

derecho pensional (CSJ SL 4611 de 2015; CSJ SL 18447 de 2016; CSJ SL 9036 de 2017 y CSJ SL 963 de 2018, entre muchas), por lo cual la pensión de vejez habrá de reconocerse a partir del retiro del sistema, bien sea expreso o tácito, como bien lo dedujo la *a quo*; teniendo en cuenta además, que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción, pues entre el cumplimiento de los requisitos (noviembre/2022), la reclamación (20/10/2022) y la demanda (29/11/2022) no transcurrió el término trienal previsto en el art. 151 CPTSS.

Así las cosas, corresponde a Colpensiones liquidar la mesada pensional del demandante teniendo en cuenta para ello las reglas previstas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, calculando el IBL con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó la afiliada en toda la vida laboral o con los ingresos de los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, de acuerdo con lo que resulte más benéfico en su caso, al que habrá de aplicarle el monto o tasa de reemplazo, conforme a lo previsto en el art. 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art 10 de la Ley 797 de 2003; y, como el derecho pensional se causó para el mes de noviembre de 2022, la prestación debe pagarse en 13 mesadas al año, en los términos del inciso 8º y el Parágrafo Transitorio 6º, del Acto Legislativo 01 de 2005, en la medida que la parte demandante no presentó inconformidad alguna, ni solicitó que se le adicionara la condena en concreto acorde con lo dispuesto en el art. 284 del CGP, por lo tanto, no hay lugar a la modificación de la decisión respecto de la cual la parte actora mostró conformidad.

Costas en la alzada a cargo de Porvenir y a favor del demandante, se fijan como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para esta anualidad, que deberá incluirse en la liquidación respectiva.

En mérito de 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,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de febrero de 2023, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Medellín, según lo expuesto en las consideraciones anteriores.

SEGUNDO: Costas en la alzada como se indicó en las consideraciones.

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

Magistrada



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des17sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EhfWn4hRyAxFrTw4pOnxglIBDR9G7L65AbfnN_Tj4kzoaQ?e=se6U9c

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala 017 Laboral

Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **657f66d96d6b7a55b0a7f176c2e404d8d7e94c3aca87d27ab061704083ef2558**

Documento generado en 26/02/2024 04:02:28 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>