

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	MARÍA DORIS MARTÍNEZ RAMÍREZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES y las AFP’S PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
RADICADO	05001-31-05-011-2017-00549-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional – Pensión de vejez
DECISIÓN	Revoca, adiciona, y confirma.

Medellín, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022)

Estudiado, discutido y aprobado en Sala virtual

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede la Sala a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **MARÍA DORIS MARTÍNEZ RAMÍREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y las **AFP’S PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 028**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las codemandadas AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES e, igualmente, se conocerá del proceso bajo el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última administradora pública de pensiones, contra la sentencia que profirió el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 2 de marzo de 2022.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas, se expuso, en síntesis, que, la demandante nació el 19 de diciembre de 1959, contando en la actualidad con más de 57 años de edad, y 1.647 semanas cotizadas.

Que se afilió por primera vez al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, el día 15 de septiembre de 1987, entidad donde efectuó cotizaciones hasta el 1º de julio de 1995, cuando decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., y luego, debido al asedio de los asesores comerciales de los fondos privados, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A., a partir del 23 de febrero de 2001.

Se duele que los asesores ejecutivos del RAIS no le brindaron la información suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la información determinante y ajustada a su situación concreta; y que, al contrario, le ocultaron información relevante al momento de ser atendida para afiliarse, por lo que considera que su decisión se encuentra viciada y afectada en su validez, por ausencia del conocimiento sobre las consecuencias jurídicas de su traslado de régimen pensional, y que tampoco se le advirtió de la posibilidad de retractarse.

Que estando preocupada por su situación pensional, la actora le solicitó a la AFP PROTECCIÓN S.A., una proyección de lo que sería su mesada

pensional en el RAIS, lo que dio como resultado una mesada pensional de \$729.349, a sabiendas que de haber permanecido afiliada al régimen de prima media con prestación definida, esta misma mesada equivaldría a la suma de \$2.290.405, evidenciándose así un perjuicio económico para la demandante, derivado de la omisión al deber objetivo de información en materia pensional.

En vista de lo anterior, la actora elevó solicitud ante las codemandadas, buscando retornar al régimen de prima media con prestación definida, recibiendo repuesta negativa, con la cual quedo agotada la reclamación administrativa.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad de la señora MARÍA DORIS MARTÍNEZ RAMÍREZ, al haberse presentado una inducción al error por omisión de información del fondo privado, y que, en consecuencia, se declare que la demandante siempre ha permanecido afiliada sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, ordenándole a la AFP PROTECCIÓN S.A., como actual administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad, trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, y rendimientos financieros, causados durante su permanencia en el RAIS, y con fundamento en estos aportes, le sea reconocida una pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES a partir del cumplimiento de los requisitos legales, y en aplicación del régimen de transición pensional, finalmente reclama la indexación de las condenas, y que las costas procesales queden a cargo de las accionadas.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las demandadas, a dar respuesta a la misma, a través de sus respectivos apoderados judiciales.

La AFP PORVENIR S.A., dio respuesta oportuna a la demanda según consta a folios 27 y ss del archivo PDF N° 2 anexado al expediente digital, a través del cual aceptó como ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, y su afiliación dicha administradora, pero niega aquellos supuestos fácticos atinentes a la presunta omisión al deber objetivo de información por parte del fondo privado, y que por el contrario, el traslado de régimen que efectuó la actora se dio en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha, efectuándose además la debida asesoría pensional al momento de concretarse la afiliación al fondo privado, sin que le consten los demás hechos, los cuales deberán ser objeto de debate probatorio en la litis; se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, y como medios defensivos propuso las excepciones de mérito que denominó: *“PRESCRIPCIÓN; FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS; BUENA FE; PRESCRIPCIONES DE OBLIGACIONES LABORALES DE TRACTO SUCESIVO; ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA; Y LA INNOMINADA O GENÉRICA”*.

A su turno, COLPENSIONES describió el traslado de esta acción, según consta a folios 78 y ss del archivo N° 2 obrante en el expediente digital.

A través del mismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; dijo no constarle los hechos expuestos en el escrito introductorio, a excepción de aquellos relativos a la edad de la demandante, su afiliación inicial al régimen de prima media con prestación definida, y el agotamiento de la reclamación administrativa.

Finalmente, el apoderado judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A., dio respuesta al libelo genitor, según consta a folios 100 y ss del archivo PDF N° 2 anexado al expediente digital, negando los hechos que aluden a la supuesta omisión al deber objetivo de información por parte del fondo privado, y que por el contrario, su vinculación al RAIS en el año 1995 se dio de manera libre y voluntaria, efectuándose además la debida asesoría verbal al momento de concretarse tanto la afiliación inicial, como el posterior traslado entre fondos privados ocurrido en el año 2001, en esta última oportunidad le fue presentada a la actora una proyección de lo que sería su mesada pensional en ambos

regímenes, y a pesar del mayor valor que registraba la mesada pensional en el régimen de prima media, la actora decidió continuar afiliada en el régimen de capitalización; se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, y como medios defensivos propuso las excepciones de mérito que denominó: *“ACTO JURÍDICO EXISTENTE Y VALIDO; AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO; MODIFICACIONES LEGISLATIVAS; AUSENCIA DE CAUSA PARA PEDIR; COBRO DE LO NO DEBIDO; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO; BUENA FE Y ENTREGA DE INFORMACIÓN CONCRETA AL DEMANDANTE; ERROR DE DERECHO; RATIFICACIÓN, CONVALIDACIÓN Y SANEAMIENTO; Y COMPENSACIÓN”*.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 2 de marzo de 2022, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la vinculación de la señora MARÍA DORIS MARTÍNEZ RAMÍREZ al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

En consecuencia, ORDENÓ a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes de la demandante referentes a las cotizaciones, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, la prima de reaseguros de Fogafín y en caso de haberse generado, los aportes del Fondo de solidaridad pensional que se hubieren causado durante el tiempo en el que la actora estuvo vinculada a dicha Administradora.

En igual sentido, le ORDENÓ a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, la prima de reaseguros de Fogafín y en caso de haberse generado, los aportes del Fondo de solidaridad pensional que se hubieren causado durante el tiempo en el que la actora estuvo vinculada a dicha Administradora.

Les ordenó a ambas administradoras del RAIS INDEXAR los dineros a devolver por concepto de gastos de administración, primas de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, sin aplicar equivalencia alguna, e igualmente dispuso que, al momento de cumplir la orden, los conceptos aparezcan discriminados por las administradoras de fondos de pensiones con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos de ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifique.

A COLPENSIONES le ordenó recibir los dineros entregados por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., y reactivar la afiliación de la señora MARÍA DORIS MARTÍNEZ RAMÍREZ sin solución de continuidad, y con base en estos aportes, reconocerle y pagarle una pensión de vejez, una vez la actora acredite la novedad de retiro.

Absolvió de las pretensiones relativas a intereses moratorios y/o indexación de las condenas, e impuso las COSTAS del proceso en la primera instancia a cargo de las accionadas y a favor de la demandante.

Como fundamento de su decisión, manifestó el juez de primer grado que el fondo privado no probó haberle suministrado una información completa y suficiente a la demandante, lo que derivó en la ineficacia del acto jurídico de afiliación y/o traslado entre regímenes pensionales, dejando en claro que la sola firma de un formulario de afiliación no es prueba de haberse cumplido el deber objetivo de información o asesoría pensional, y es la información brindada durante la asesoría inicial acontecida en el año 1995, la que debe examinarse para resolver sobre la prosperidad o no de la declaratoria de ineficacia.

En relación con la pensión de vejez reclamada, estimó que la actora si había causado tal prestación económica por contar en la actualidad con más de 57 años de edad y 1300 semanas cotizadas, no obstante, al confesarse por parte de la actora, que aún se encuentra laborando al servicio de las Empresas Públicas de Medellín, ordenó que el reconocimiento pensional, fuera a partir de la fecha en que se acredite la desafiliación y/o retiro del sistema general de pensiones, dejando la liquidación de la mesada pensional y su retroactivo a cargo de COLPENSIONES.

Que al no evidenciarse mora a cargo de COLPENSIONES en el reconocimiento pensional, y no evidenciare un retroactivo causado a favor de la demandante, se abstuvo de condenar a intereses moratorios o en subsidio la indexación de las condenas.

VI. – RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por los apoderados judiciales de las codemandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, quienes sustentaron su inconformidad en los siguientes términos.

La apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A., solicita se revoque lo decidido por el a quo, al considerar improcedente la declaratoria judicial de ineficacia del traslado, argumentando en su defensa, que el fondo privado si cumplió con su deber objetivo de información frente a la demandante, dando estricto cumplimiento a la normatividad vigente para la época en que se concretó el traslado al RAIS, lo anterior aunado a la contrariedad que existe frente a la información suministrada por la demandante en su interrogatorio de parte y la contenida en el libelo genitor, conducta que debió haberse sancionado por parte del a quo, pues la actora faltó a la verdad pese a estar juramentada.

Que, si bien es cierto, durante el traslado inicial del año 1995, no de exigía otra prueba distinta a la del formulario de afiliación, no puede perderse de vista que, en el año 2001, a la actora se le dio una información completa y detallada de su situación pensional, hasta el punto de proyectarle como sería su mesada pensional en ambos regímenes, y a pesar de ser más beneficioso el régimen de prima media para ese momento, la actora decidió continuar afiliada a los fondos privados, asumiendo los beneficios y consecuencias de su decisión.

También expone en su alzada, que de confirmarse la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado, no se ordene la devolución de los gastos

de administración y primas de reaseguros, toda vez que los gastos de administración también aplican en el régimen de prima media, y no están destinados a financiar la pensión de vejez, y sumado a ello, los aportes que en algún momento administro PORVENIR, ya fueron trasladados a PROTECCIÓN S.A.

A su turno el apoderado judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A., expone que, en el presente asunto, no está llamada a prosperar la ineficacia del traslado solicitada por la actora, pues esta durante su interrogatorio de parte, dio a entender que recibió asesoría de los fondos privados, y por ende, lo confesado en tal sentido, debe tenerse como prueba respecto del deber de información a cargo de los fondos privados de pensiones, obligación que fue cumplida en el año 1995, y en los años 1999, 2001, 2002, 2003, y 2011, con las re asesorías que recibió la actora.

Expone el recurrente, que la orden de devolver rendimientos financieros riñe con la consecuencia jurídica de la ineficacia del acto jurídico, además de resultar contraria a la orden de devolver cuotas de administración, las cuales se cobraron producto de la buena gestión del fondo de pensiones, y que dio origen a los rendimientos financieros que beneficiaron el capital ahorrado por la demandante.

Que tampoco hay lugar a devolver las primas previsionales, pues estas no están en poder el fondo privado, fueron giradas a un tercero de buena fe, para afianzar los riesgos de invalidez, vejez, y muerte, encontrándose prescrita la eventual acción para solicitar la devolución de estos conceptos.

Finalmente, el apoderado judicial de COLPENSIONES, expone en su alzada que COLPENSIONES no tiene por qué soportar las cargas derivadas de la desatención de los fondos privados respecto del deber objetivo de información, y por ello el eventual pago de una pensión de vejez, debería quedar a cargo del fondo privado bajo los requisitos y parámetros del régimen de prima media.

Solicita se revoque la condena en costas, toda vez que COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto jurídico cuya declaratoria de ineficacia se persigue, pues de mantenerse tal condena se estaría generando una descapitalización infundada del régimen de prima media, contrariándose el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Alegatos de Conclusión:

En la debida oportunidad procesal, los apoderados de las codemandadas presentaron alegatos de conclusión, a través de los cuales insistieron en sus distintas posturas. Sus alegatos fueron desde atacar la declaratoria de ineficacia del acto, pasando por el análisis de los vicios del consentimiento, los aspectos facticos y jurídicos por los que la sentencia de primera instancia debe revocarse, y haciendo hincapié en el principio de la sostenibilidad financiera de las entidades, cada una de ellas acudiendo a las tesis que sustentan sus intereses.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, se pasa a resolver de fondo, previas las siguientes

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión. - La Ineficacia en el traslado de régimen pensional, y pensión de vejez bajo el régimen general de pensiones.

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por los apoderados judiciales de las AFP'S PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES en sus recursos de apelación; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los

aspectos de la sentencia que tienen incidencia frente a la administradora pública de pensiones, esto es, la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, y el reconocimiento de una pensión de vejez bajo el actual sistema general de pensiones, art. 9° de la Ley 797 de 2003, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala de establecer si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizó la demandante, a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., y su posterior movilidad entre administradoras del régimen de capitalización, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y el traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del cambio de régimen pensional, el cual ha de venir suministrado y garantizado por el agente adscrito al respectivo fondo, esto es, es de la propia esencia del acto de traslado, el suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.

Esto lleva a la Sala a advertir que las obligaciones de asesoría no fueron creadas por el Legislador a través de recientes normas, sino que desde la propia concepción dualista de dos regímenes pensionales a través de la Ley 100 de 1993, se establecieron como de su propia esencia.

Así, la asesoría a cargo de la administradora, se erige en una obligación insoslayable, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los efectos económicos que puede representar una decisión de tal naturaleza.

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando

la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y a través de las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose –en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber tomado la decisión inicial, o por el hecho de que el asegurado se haya trasladado incluso entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, por lo que un dato será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad”* (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019).

A partir de lo anterior, pasa a desatarse la alzada conforme al...

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el plenario, concretamente la historia laboral aportada por COLPENSIONES (PDF N° 2), se advierte que la señora MARÍA DORIS MARTÍNEZ RAMÍREZ se afilió al régimen de prima media con prestación definida a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES a partir del 15 de septiembre de 1987, y años más tarde se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 30 de junio de 1995, con efectividad a partir del 1° de julio de 1995, a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., y luego realizó varios traslados al interior del régimen de capitalización a través de COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS, quien luego se fusiono con HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., retornado finalmente a la AFP PROTECCIÓN S.A., donde permanece afiliada en la actualidad.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que la AFP`S accionadas, no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría con suficiencia en su proceso de traslado, y más concretamente el traslado inicial materializado en el mes de junio 1995.

Como lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia del órgano de cierre (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017), es claro que la firma del formulario de afiliación no es una prueba certera de que hubiere existido un verdadero cumplimiento por parte del fondo privado. La simple firma del formulario por parte del asegurado no puede tenerse como una prueba de que se le haya informado a cabalidad de todos los pormenores que le implicaban el cambio de régimen, y por ello el acto jurídico terminó afectado en su eficacia.

En efecto, si bien en Colombia existen dos regímenes pensionales excluyentes y con dinámicas financieras distintas, esa sola razón no es suficiente para entender que los asegurados pueden afiliarse a cualquiera administradora sin que se cumpla con el proceso previo de acompañamiento y asesoría absoluta. Precisamente, resulta indicativo e insoslayable el acompañamiento que se le debe brindar al asegurado, al punto de que si no se le asesora y aconseja el régimen que más le conviene de acuerdo a sus condiciones particulares, termina por afectarse la eficacia del acto de traslado.

Y fue precisamente esas condiciones particulares de la señora MARTÍNEZ RAMÍREZ, las que no se analizaron al momento de concretarse el traslado al RAIS en el año 1995, toda vez que no existe prueba de ello en el plenario, por el contrario, la actora aseguró en su interrogatorio de parte que la poca o nula información acerca del funcionamiento de un fondo privado de pensiones, la obtuvo de sus compañeras de trabajo, mas no del asesor comercial de PROTECCIÓN S.A., quien no fue claro en sus exposiciones, ya que su estrategia era la de anunciar la pronta quiebra o liquidación del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES para conseguir nuevos afiliados, todo lo cual motivó su decisión de trasladarse de régimen, sin conocer con certeza las consecuencias jurídicas que este le implicaba.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional de la demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de traslado a la AFP PROTECCIÓN S.A., en el año 1995, esto es, que jamás perdió continuidad en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, pues el vicio en el consentimiento se gestó en aquella oportunidad, y de manera alguna se saneó con los posteriores traslados y/o re asesorías pensionales al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad.

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud de la competencia en Grado Jurisdiccional de Consulta de que dispone este colegiado, que impone la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele a la demandante. A su

vez, este tema constituye punto de disenso en la apelación de las AFP'S accionadas, quienes se opone a la devolución de las cuotas de administración, primas de reaseguramiento, y fondo de garantía de pensión mínima, aduciendo razones de consagración legal, enriquecimiento sin causa, causación de dichos descuentos, indebida aplicación del artículo 1746 del Código Civil y correcta gestión financiera del fondo que compensarían la causación de rendimientos, entre otros reparos.

Esta sala encuentra que no les asiste razón a los fondos privados, al pretender que se revoque la orden de traslado de las cuotas de administración, en tanto a la entidad pública debe garantizársele la integridad de la cotización sin descuento alguno, ya que será quien reciba la afiliación del asegurado y para todos los efectos legales lo tenga afiliado al fondo público sin solución de continuidad. No puede perderse de vista que COLPENSIONES es la entidad que a futuro deberá asumir el pago de las prestaciones de la seguridad social que llegue a causar, y deberá asumir la afiliación sin solución de continuidad en el tiempo.

Los efectos de la ineficacia se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que la actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa de las AFP'S accionadas, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización, ya que los referidos descuentos también existen en el régimen de prima media con prestación definida, y no deben ser realizados por las AFP'S accionadas, sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliada la actora.

Esta sala no acogerá los argumentos presentados, ya que el solo hecho de que los descuentos a la cotización se encuentren contemplados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no constituye una razón de peso suficiente para que se validen los mismos frente a un acto que adoleció por completo de ineficacia jurídica. Al respecto, resulta pertinente recordar que esa autorización legal existe, pero va dirigida o presupone la existencia legal del acto, siendo evidente que cuando hay ineficacia, no existe un título legítimo y válido para que puedan

efectuarse esos descuentos, lo cual justifica con suficiencia la devolución ordenada.

Conforme a lo anterior, tampoco puede ser razón suficiente para revocar las ordenes de traslado el hecho de que en su momento haya existido cobertura frente a los riesgos de invalidez o sobrevivencia, o que se trate de sumas que efectivamente se hubieren causado.

Contrario al entendimiento dado al tema por los recurrentes, en el sub judice, de lo que se trata es de que, merced a los efectos jurídicos de la ineficacia del acto, estrictamente con incidencia en el escenario de la seguridad social, deben las AFP'S accionada asumir directamente de su propio patrimonio la devolución de estas sumas.

Al respecto, resulta oportuno citar el reciente criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien, en sentencia del 29 de julio de 2020, SL 2877, Radicación 78.667, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha recordado que *“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 con prestación definida...”*.

En lo que a este tema respecta, pese a que las primas previsionales y las cuotas de administración no financian directamente la pensión de vejez, no puede llegarse al punto de sostener que la obligación de su devolución es prescriptible, ya que estas obligaciones surgen con la presente sentencia que contiene la declaración judicial y las ordenes que deben procurar que todo regrese al estado anterior.

Tratándose de los porcentajes descontados por garantía de pensión mínima, no puede perderse de vista que el régimen de prima media con prestación definida también tiene una manifestación de solidaridad, y en consecuencia, será preciso que las sumas deducidas por ese concepto,

también sean retornadas, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado.

Por último, considera la Sala que la orden de devolución indexada de los conceptos relativos a cuotas de administración, primas previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, se encuentra acorde al criterio jurisprudencial frente el tema de la actualización monetaria, reiterado recientemente por la Sala de Casación laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021, donde se ha mostrado la importancia de actualizar estos conceptos al momento de producirse su devolución, 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 acoge esta Colegiatura.

Sin embargo, considera la Sala que esa devolución que se haga con destino a COLPENSIONES, deberá proceder dentro de un plazo razonable no superior a 30 días, contados desde la fecha de ejecutoria de esta sentencia, máxime que el futuro reconocimiento pensional a favor de la demandante, dependerá de estos capitales, y por ende su devolución no puede quedar al arbitrio o conveniencias de los fondos privados de pensiones, motivos por los cuales se adicionará la sentencia de primer grado en este sentido.

Pensión de vejez

Esta Sala también confirmará la condena a esta prestación económica, toda vez que al encontrarse la demandante válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad, y reunir los requisitos de causación relativos al cumplimiento de una edad, y una densidad mínima de cotizaciones, era deber del operador jurídico declarar probada la causación de este derecho, bajo el régimen general de pensiones previsto en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 de 2003, como efectivamente ocurrió.

Y es que de la prueba documental aportada con la demanda, concretamente, el documento de identidad de la demandante, y la historia

laboral expedida por la AFP PROTECCIÓN S.A., es evidente que la señora MARÍA DORIS MARTÍNEZ RAMÍREZ cuenta con más de 62 años de edad, lo anterior, por haber nacido el día 19 de diciembre de 1959, y tener en su haber más de 1.764 semanas cotizadas, con corte al mes de agosto de 2021, superando con creces la edad mínima de 57 años mujeres, y 1.557 semanas cotizadas, satisfaciendo las exigencias legales.

“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. <Ver Notas del Editor> Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)”

Y frente al DISFRUTE PENSIONAL, también deberá confirmarse lo resuelto por el juez de primer grado, pues la misma ley (arts. 13 y 35 del acuerdo 049 de 1990 integrados al régimen de prima media con prestación definida en virtud del art. 31 de la Ley 100 de 1993), tiene diferenciado los fenómenos jurídicos de la **causación** y el **disfrute** de la pensión, el primer de estos ocurre cuando el afiliado logra completar la edad pensional y la densidad mínima de cotizaciones, pero para comenzar a percibir el pago de su mesada pensional, este mismo afiliado debe acreditar la desafiliación o retiro del sistema general de pensiones, es decir, exteriorizar de manera inequívoca su deseo o intención de consolidar su status de pensionado, veamos:

“ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se

pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”

“ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. *Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona”.*

Y dado que la propia demandante confesó durante su interrogatorio de parte, que aun continua laborando al servicio de su empleador “EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN”, el disfrute de su pensión de vejez, quedará necesariamente condicionado a la desafiliación o retiro de la entidad oficial donde labora, pues de conformidad con el art. 19 del Decreto 692 de 1994, todo afiliado pese haber cumplido los requisitos para causar una pensión de vejez, podrá continuar cotizando, a su cargo, hasta por cinco (5) años adicionales para aumentar el monto de su pensión, quedando así proscrito el reconocimiento automático de pensiones de vejez, con el simple cumplimiento de los requisitos de edad y semanas cotizadas o tiempo de servicios.

Finalmente, y en relación a la solicitud que hiciere el apoderado judicial de COLPENSIONES, esto es, que la pensión de vejez quede a cargo del fondo privado como sanción a su omisión al deber objetivo de información en materia pensional, debe decirse, que la referida tesis no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, pues la misma constituye una suerte de escenario en el que se lleva a extremo el principio de responsabilidad jurídica y presenta ciertos inconvenientes en la práctica de cara al funcionamiento legal que cada uno de los dos regímenes pensionales excluyentes que creo el legislador a través de la Ley 100 de 1993.

La tesis sugerida por el apoderado judicial de COLPENSIONES no resulta consecuente con la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado acontecido en el año 1995, en tanto es evidente que la misma trae como consecuencia la ausencia de la existencia del acto de afiliación, y nunca el que se pueda llegar a entender que una administradora del RAIS frente a la cual existió ineficacia en el acto de afiliación, pueda llegar a ser la pagadora de la pensión bajo una dinámica financiera completamente ajena al régimen.

Así las cosas, sin que exista ninguna duda en cuanto a que hay unas obligaciones de asesoría y buen consejo en cabeza de las AFP que se erigen en inexorables en el despliegue de su actividad, creadas desde la misma concepción de los dos regímenes pensionales, y no a partir de recientes normas; cuando las mismas no se cumplen, se genera la consecuencia jurídica de la ineficacia, como una sanción propia en materia del trabajo y de la seguridad social, este colegiado no acogerá tal postura, por ser una solución jurídica totalmente injustificada y que contraría la fuente legal con base a la que cada régimen pensional funciona de manera independiente y con fundamento en sus propias normas y reglas jurídicas.

Costas procesales en las instancias

Teniendo en cuenta la naturaleza de la decisión proferida y el recurso de alzada presentado por el apoderado judicial de COLPENSIONES, las costas procesales en ambas instancias estarán a cargo únicamente de las AFP'S accionadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., mas no de COLPENSIONES, pues la ineficacia del acto jurídico de traslado fue consecuencia de la desatención de estos fondos privados al deber objetivo de información en materia pensional, obligación legal que jamás estuvo en cabeza de COLPENSIONES, quien es ajeno a esa relación sustancial, y en segunda instancia, dichas agencias se encuentran justificadas en la improsperidad de los recursos de apelación formulados por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., conforme lo señalado en el art. 365 del Código General del Proceso, y como agencias en derecho en segunda instancia, se fija la suma de \$1.000.000 equivalente a 1 SMLMV para la anualidad 2022, para cada una de las AFP'S codemandadas y a favor de la demandante.

VIII. - DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISION LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de apelación y consulta proferida por el JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN de fecha 2 de marzo de 2022, en cuanto hizo partícipe a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de la condena en costas procesales de primera instancia, para en su lugar absolver de dicha condena, de conformidad a lo expuesto.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia objeto de apelación y consulta proferida por el JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN de fecha 2 de marzo de 2022, en el sentido de imponer un plazo perentorio e improrrogable de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que las AFP`S accionadas procedan con la devolución a COLPENSIONES de todos los conceptos ordenados por el *A Quo*, según lo expuesto en precedencia.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta de origen y fecha conocidos.

CUARTO: Costas procesales en ambas instancias, a cargo de las AFP`S PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A. y en favor de la señora MARÍA DORIS MARTÍNEZ RAMÍREZ, en esta instancia se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 equivalente a 1 SMLMV, para cada una de las AFP`S accionadas.

QUINTO: En su oportunidad procesal, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

SEXTO: SE ORDENA la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada