

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	LUIS EDUARDO ECHAVARRÍA LÓPEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES y las AFP’S PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A.
RADICADO	05001-31-05-011-2019-00565-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional – Pensión de vejez
DECISIÓN	Revoca, adiciona, y confirma.

Medellín, doce (12) de agosto 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 el señor **LUIS EDUARDO ECHAVARRÍA LÓPEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y las **AFP’S PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 036**, 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 COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR 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 22 de febrero de 2022.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas, se expuso, en síntesis, que, la demandante nació el 24 de enero de 1957, contando en la actualidad con más de 62 años de edad, y 2.001,71 semanas cotizadas.

Que se afilió por primera vez al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, el día 30 de octubre de 1979, entidad donde efectuó cotizaciones hasta el 30 de junio de 1999, cuando decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A., y encontrándose en este régimen de capitalización se trasladó a las AFP'S PORVENIR S.A. (30-08-2005) y PROTECCIÓN S.A. (15-02-2013) donde permanece afiliado en la actualidad.

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 atendido 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 trasladarse antes del cumplimiento de los 52 años de edad.

Que el actor le solicitó a PROTECCION S.A. una proyección de lo que sería su mesada pensional en el RAIS, obteniendo como resultado una mesada pensional en cuantía mínima.

En vista de lo anterior, el actor elevó solicitud ante COLPENSIONES el día 29 de mayo de 2019, buscando retornar al régimen de prima media con prestación definida, recibiendo respuesta 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 del señor LUIS EDUARDO ECHAVARRÍA LÓPEZ, al haberse presentado una inducción al error por omisión de información de los fondos privados accionados, y que, en consecuencia, se declare que el demandante siempre ha permanecido afiliado 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 todos los aportes efectuados durante su permanencia en el RAIS, incluidos los rendimientos financieros, y sin descontar las cuotas de administración, 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 general de pensiones – Ley 797 de 2003 a partir del 31 de mayo de 2019, con sus respectivos intereses moratorios y/ la indexación de las condenas, que las costas procesales queden a cargo de las accionadas, y se profiera condena ultra y extra petita.

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 apoderada judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A., dio respuesta al libelo genitor, según consta a folios 106 y ss del archivo PDF N° 3 anexado al expediente digital, aceptando como ciertos los hechos relativos a la edad del demandante, su afiliación al referido fondo, y la realización de una proyección de la mesada pensional, aclarando que la vinculación del actor se dio de manera libre y voluntaria, efectuándose una debida asesoría verbal al momento de concretarse el traslado entre fondos privados, sin que le consten los restantes supuestos fácticos; se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, y como medios defensivos propuso las excepciones de mérito que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA A FAVOR DE LA AFP; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE; y la INNOMINADA O GENÉRICA.*

A su turno, COLPENSIONES describió el traslado de esta acción, según consta a folios 185 y ss del archivo PDF N° 3 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 del demandante, su afiliación inicial al régimen de prima media con prestación definida, y el agotamiento de la reclamación administrativa; se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, y como medios defensivos propuso las excepciones de mérito que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADO DE RÉGIMEN; SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA FINANCIERO DE PENSIONES; PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS; FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS; IMPOSIBILIDAD DE PAGAR INTERESES MORATORIOS;*

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO; BUENA FE; IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS; Y DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES”.

La respuesta de la AFP COLFONDOS S.A., obra a folios 230 y ss del archivo PDF N° 3, allí se aceptaron los hechos relativos a la edad del demandante y su afiliación y/o traslado a la AFP, aclarando que esta última se dio de manera libre y voluntaria, al demandante se le brindó una información suficiente, completa y veraz no configurándose el vicio en el consentimiento alegado por el actor, sin que le consten los restantes supuestos, 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: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; BUENA FE; AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO; VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA DEMANDANTE AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DE TRASLADO; COMPENSACIÓN Y PAGO; INNOMINADA O GENÉRICA”.*

Finalmente consta a folios 266 y ss del archivo PDF N° 3, la respuesta de la AFP PORVENIR S.A., quien refiere no constarle los hechos narrados en la demanda, los cuales deberán ser objeto de debate probatorio, máxime que algunos supuestos corresponden a simples apreciaciones y consideraciones de la parte demandante se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, y como medios defensivos propuso las excepciones de mérito que denominó: *“PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACIÓN; y la EXCEPCIÓN GENÉRICA”.*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 22 de febrero de 2022, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación al RAIS del señor LUIS EDUARDO ECHAVARRIA

LÓPEZ al RAIS administrado por la AFP'S PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

En consecuencia, ORDENÓ a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes del 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 el actor estuvo afiliado a dicha Administradora.

ORDENÓ a las codemandadas PORVENIR S.A. y COLFONDOS 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 el actor estuvo afiliado a dichas Administradoras.

ORDENÓ a PROTECCION S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a indexar los dineros a devolver por concepto de costos de administración, las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dichos fondos, sin aplicar equivalencias alguna; e igualmente se dispone 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, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifique.

A COLPENSIONES le ORDENÓ recibir los dineros entregados por PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., y reactivar la afiliación del señor LUIS EDUARDO ECHAVARRIA LOPEZ sin solución de continuidad, y reconocerle una pensión de vejez a partir del 01 de abril de 2019, sobre 13 mesadas anuales, e indexar el retroactivo de las mesadas desde el 01

de mayo de 2019, hasta el momento en que se pague efectivamente la obligación.

Finalmente impuso las COSTAS del proceso en la primera instancia a cargo de las entidades demandadas, dentro de las cuales fijó como agencias en derecho la suma de \$4.500.000 correspondiéndole a COLFONDOS S.A., la suma de \$2.000.000 PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. la suma de \$1.000.000 para cada una y \$500.000 a cargo de COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, manifestó el juez de primer grado que el fondo privado no probó haberle suministrado una información completa y suficiente al 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.

En relación con la pensión de vejez reclamada, estimó que el actor sí había causado tal prestación económica por contar en la actualidad con más de 62 años de edad y 1.300 semanas cotizadas, y dado que su última cotización se efectuó en el mes de marzo de 2019, en virtud de la desafiliación tacita del sistema general de pensiones, la prestación económica debe reconocerse a partir del 1º de abril de 2019, en razón de 13 mesadas anuales, dejando su liquidación a cargo de COLPENSIONES.

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 COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, quienes sustentaron su inconformidad en los siguientes términos.

APELACION DE COLFONDOS S.A.: su apoderada judicial señala que la afiliación el actor a la AFP de dio en estricto acatamiento de las políticas

establecidas en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, no probándose el supuesto engaño aducido por el demandante que viciara su consentimiento, y que su vez de a la ineficacia del acto jurídico, y que, por el contrario, el traslado del actor se dio de manera libre y voluntaria.

Expone la recurrente, que en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia, no se acceda a la devolución de los conceptos ordenados a cargo de la AFP COLFONDOS S.A., pues la cuenta de ahorro individual del actor generó unos rendimientos, mismos que al ser retornados, derivarían en un enriquecimiento sin justa causa, pues con estos rendimientos también se está compensando la pérdida del poder adquisitivo, resultando improcedente la indexación de las condenas.

APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.: su apoderada judicial dice recurrir parcialmente la sentencia de primer grado en lo atinente a la orden de trasladar la comisión de administración, y el seguro previsional debidamente indexados, pues considera que estos conceptos son prestaciones causadas, y su deducción operó en virtud de una mandato legal, que la AFP realizó una buena gestión en la administración del capital ahorrado por el demandante, y los rendimientos generados no tendrían por qué ser devueltos al demandante, al no ser estos una consecuencia jurídica de la declaratoria de ineficacia, ha de tenerse en cuenta la tesis de las restituciones mutuas a las que alude el art. 1746 del Código Civil.

En relación con las primas previsionales, señala que las mismas se giraron a terceros de buena fe (aseguradoras) con las cuales se afianzaron los riesgos de IVM durante el periodo de afiliación del demandante, y no existe posibilidad de recobrar estas sumas dinerarias.

Que los gastos de administración y primas previsionales no están destinados a financiar la eventual pensión de vejez a favor del demandante, y por ende tales rubros se encuentran sujetos a la configuración del fenómeno prescriptivo.

APELACION DE PORVENIR: alega su apoderada judicial que, si bien existe un precedente de la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales respecto a la declaratoria judicial de ineficacia del traslado, este precedente no puede aplicarse de manera objetiva, pues deben valorarse las particularidades del caso concreto.

Que para la fecha en que se concretó el traslado del demandante, la manifestación de voluntad del afiliado solo podía quedar plasmada en el formulario de afiliación correspondiente, no existía otra obligación diferente.

La afiliación del actor obedeció a una decisión libre, voluntaria e informada que se ratificó en el tiempo con los diferentes traslados realizados entre fondos privados.

Que, según concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, en aquellos eventos donde se declara la ineficacia de una afiliación, las únicas sumas que pueden ser objeto de la devolución serían el capital ahorrado y los rendimientos financieros.

APELACIÓN DE COLPENSIONES: su apoderado judicial señaló que el juez de primer grado incurrió en una indebida valoración probatoria para resolver la Litis, al no haber tenido en cuenta las manifestaciones realizadas durante el interrogatorio de parte, donde refirió haber recibido información clara, comprensible y oportuna de los fondos privados accionados, quedando sin sustento la pretensión de ineficacia del acto jurídico de traslado, máxime que el único motivo que tiene el demandante para retornar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, es el valor de su mesada pensional.

Señaló en su alzada que al no haber participado Colpensiones en el acto jurídico de traslado, no tiene por qué asumir las consecuencias negativas de la misma, además al estar en poder de la afp privada los aportes realizados por el demandante, es a esta última a la que le correspondería asumir el reconocimiento pensional.

En relación a la pensión de vejez, argumenta el recurrente que al demandante no le asiste derecho al reconocimiento pensional desde el 1 de abril de 2019, pues el actor en su interrogatorio de parte confesó encontrarse laborando en la actualidad.

Alegatos de Conclusión:

En la debida oportunidad procesal, los apoderados de la Afp Porvenir S.A., Colpensiones y el demandante, 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, modificarse y confirmarse en su integridad, cada una de estas partes 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 COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR 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 el demandante, a través de la AFP COLFONDOS 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 visible a folios 26 y ss del archivo PDF N° 3, se advierte que el señor LUIS EDUARDO ECHAVARRÍA LÓPEZ se afilió al régimen de prima media con prestación definida a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES a partir del 30 de octubre de 1979, y años más tarde se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 24 de junio de 1999, con efectividad a partir del 1° de agosto de 1999, a través de la AFP COLFONDOS S.A., y luego realizó varios traslados al interior del régimen de capitalización a través de PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., donde permanece afiliado 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 del actor, 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 1999.

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 del señor LUIS EDUARDO ECHAVARRÍA LÓPEZ, las que no se analizaron al momento de concretarse el traslado al RAIS en el año 1999, toda vez que no existe prueba de ello en el plenario, por el contrario, el actor aseguró en su interrogatorio de parte que fue la poca o nula información acerca del funcionamiento de un fondo privado de pensiones.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional del demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de traslado a la AFP COLFONDOS S.A., en el año 1999, 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, y la larga permanencia en este régimen.

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 al 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 el actor 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 el actor.

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 del 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 el demandante válidamente afiliado 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 del demandante, y la historia laboral expedida por la AFP PROTECCIÓN S.A., es evidente que el señor LUIS EDUARDO ECHAVARRÍA LÓPEZ cuenta con más de 65 años de edad, lo anterior, por haber nacido el día 24 de enero de 1957, y tener en su haber más de 2.000 semanas cotizadas, con corte al mes de marzo de 2019, superando con creces la edad mínima de 62 años hombres, y 1.300 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 (24 de enero de 2019), 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 última cotización del demandante se realizó el día 30 de marzo de 2019, y la solicitud pensional ante COLPENSIONES se presentó el día 30 de mayo de 2019 (fls.72 del archivo PDF N° 3), se entiende configurada una desafiliación tacita del sistema general de pensiones, pues el actor exteriorizó de manera inequívoca su intención de consolidar el derecho pensional, y para ese mismo momento había cesado sus cotizaciones al sistema general de pensiones, y reunía los requisitos mínimos legales, sin haber vuelto a cotizar en periodos posteriores pues la última historia laboral aportada por la AFP PROTECCIÓN S.A. (archivo PDF N° 6), tiene fecha de elaboración del 16 de febrero de 2022, no resultando cierto lo expuesto por el apoderado judicial de COLPENSIONES, pues aunque el demandante ejerza alguna actividad económica en la actualidad, no significa necesariamente que se encuentre efectuado aportes pensionales, no existiendo incompatibilidad alguna frente al reconocimiento pensional.

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 creó 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 1999, 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.

En cuanto al valor de la mesada pensional y su retroactivo, esta Sala confirmará lo resuelto por el juez de primer grado, pues al contar el demandante con más de 1.250 semanas cotizadas en toda su vida laboral, le asiste derecho a que su mesada pensional sea calculada con las dos opciones de liquidación establecidas en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, y escoger la más favorable para los intereses demandante, sin embargo, en la historia laboral de COLPENSIONES aportada con la demanda (fls. 26 y ss), no se encuentra el detalle mes a mes del ingreso base de cotización del demandante en sus primeros años de cotizaciones (desde el 30 de octubre de 1979 hasta el 31 de diciembre de 1994), lo que impide la realización del cálculo relativo al promedio de lo cotizado en toda la vida laboral, lo cual impide proferir una condena en concreto en la presente Litis tal y como lo ordena el art. 283 del CGP, motivos por los cuales se confirmará lo resuelto por el a quo, quien en su sentencia estableció los parámetros bajo los cuales debía liquidarse la mesada pensional el actor y su retroactivo, y el número de mesadas pensionales (13 mesadas).

Encontrándose también acertado el análisis jurídico realizado frente al del fenómeno prescriptivo, la deducción del aporte obligatorio en salud, y la indexación de las condenas.

Lo primero al no haber transcurrido el termino trienal al que aluden los arts. 488 del CST y 151 del CPTSS entre la fecha de causación de la primera mesada pensional (abril de 2019) y su reclamación (5 de mayo de 2019) y entre esta última y la fecha de presentación de la demanda (26 de septiembre de 2019).

Lo segundo por tratarse de una obligación legal de todo pensionado contribuir con la financiación y sostenimiento del subsistema general de salud, conforme lo dispuesto en el art. 143 de la Ley 100 de 1993.

Y finalmente al haber ordenado la indexación de todas y cada una de las mesadas pensionales que componen el retroactivo pensional adeudado, dada la notoriedad del fenómeno inflacionario que ocasiona una pérdida del poder adquisitivo de la moneda, siendo la indexación el mecanismo de actualización monetario idóneo para conjurar este efecto adverso de la económica, para que no sea el pensionado quien tenga que asumir con su propio patrimonio esta devaluación monetaria, derivada de la tardanza en el reconocimiento pensional, en aquellos eventos donde resulta improcedente el reconocimiento de los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Costas procesales en las instancias

Teniendo en cuenta la naturaleza de la decisión proferida, las costas procesales en ambas instancias estarán a cargo únicamente de las AFP'S accionadas COLFONDOS S.A. 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 Colfondos S.A., 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 22 de febrero 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 22 de febrero 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 COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A. y en favor del señor LUIS EDUARDO ECHAVARRÍA LÓPEZ, 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