

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	MANUEL ANTONIO RANGEL VILLABONA
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..
LITISCONSORTE NECESARIOS	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- OFICINA DE BONOS PENSIONALES
DEMANDAS DE RECONVENCIÓN	SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. CONTRA MANUEL ANTONIO RANGEL VILLABONA
RADICACIÓN	76001310500320180043701
TEMA	INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN PARA PENSIONADO EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL
DECISIÓN	SE MODIFICA SENTENCIA CONDENATORIA APELADA Y CONSULTADA

AUDIENCIA PÚBLICA No. 459

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos integrantes de la Sala de Decisión Laboral **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo

establecido en el art. 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverá los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia No. 3 del 27 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, y la consulta a favor de COLPENSIONES en lo que no fue objeto de apelación.

Tener por reasumido el poder por parte del abogado Luis Felipe Arana Madriñan en calidad de apoderado judicial de PORVENIR S.A..

SENTENCIA No. 338

I. ANTECEDENTES

MANUEL ANTONIO RANGEL VILLABONA demanda a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. – en adelante PORVENIR** - y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – en adelante COLPENSIONES** - con el fin de que se declare la nulidad del acto de afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR; que se declare que se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES; y que a ésta se condene a pagarle la pensión a partir del 23 de junio de 2013 bajo los parámetros del régimen de transición.

Fundamenta sus pretensiones en que estuvo afiliado al otrora Instituto de los Seguros Sociales entre el 7 de febrero de 1981 hasta el 31 de diciembre de 1995 habiendo cotizado 749 semanas, y se trasladó a PORVENIR el 21 de octubre de 1995 después de que asesores le ofrecieron mejores beneficios pensionales que los que tenía, y le indujeron al cambio de régimen sin informarle cuáles eran las consecuencias del traslado; que es beneficiario del régimen de transición

establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual conservó a la entrada en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, por contar con más de 750 a julio de 2005; que la pensión en PORVENIR S.A. se causa en el año 2018 en una mesada menor a la que percibiría en COLPENSIONES a partir del año 2013.

COLPENSIONES indica que no tuvo injerencia en la decisión de traslado que realizó el demandante; que el demandante no probó el vicio del consentimiento; que el demandante no se puede trasladar porque no cumple con las condiciones legales, ni jurisprudenciales para hacerlo, pues le faltan menos de 10 años para pensionarse, y no cuenta con 15 años de servicios al 1° de abril de 1994.

PORVENIR S.A. se opone a las pretensiones. Indica que el traslado es improcedente porque el demandante se encuentra pensionado desde el 24 agosto de 2018, a través de la modalidad de Retiro Programado.

Afirma que le suministró la información debida al demandante por lo cual él suscribió el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones, el día 21 de octubre de 1995

Manifiesta que el demandante realizó actos jurídicos con los cuales ratificó la voluntad de permanecer afiliado y pensionado en el fondo privado, cuando actualizó sus datos para solicitar la emisión, liquidación y pago del bono pensional ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez.

Solicita la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** indica que su vinculación al proceso es inoficiosa porque no está facultado para pronunciarse respecto a la nulidad de la afiliación del demandante al RAIS o el traslado al RPM, pues su cartera responde únicamente por la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de Bonos Pensionales o Cupones de Bonos Pensionales a cargo de la Nación. Que no tiene obligación pendiente con el actor, porque su bono pensional tipo A modalidad 2 fue emitido y pagado mediante las Resoluciones Nos. 12280 del 26 de marzo de 2014, 14212 del 14 de julio de 2015 y 18047 del 24 de mayo de 2018 en respuesta a la solicitud que realizó PORVENIR S.A..

Dice que, en todos los casos no es dable invertir la carga de la prueba del deber de información, por cuanto hay asuntos donde ese deber es imposible de cumplir, porque la información se brindaba de manera verbal, al no existir la obligación de documentarlo ni conservarlos indefinidamente.

Indica que cuando se ordena el retorno a Colpensiones de personas pensionadas en el RAIS se genera perjuicios para el RPM, porque se le adjudica una prestación económica a favor de quien no contribuyó al fondo común y a la financiación del mismo.

Solicita que si se acceden a las pretensiones se ordene al demandante o a PORVENIR a reintegrar a la Nación el Bono Pensional tipo A debidamente indexado hasta que realice el reintegro, pues este bono solo es un beneficio para los afiliados al RAIS.

1.1. DEMANDA DE RECONVENCIÓN

PORVENIR S.A. presenta demanda de reconvención contra el demandante con el fin de que se ordene a este último a reintegrarles de forma indexada las sumas que han pagado por concepto de pensión de vejez.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali en la Sentencia No. 3 del 27 de enero de 2020 decidió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado que se realizó a nombre del señor MANUEL ANTONIO RANGEL VILLABONA del RPM al Régimen de Ahorro Individual administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, SE ORDENA el traslado del señor MANUEL ANTONIO RANGEL VILLABONA al Régimen de Prima Media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, sumas adicionales, frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, sin descontar de estos el valor de las mesadas pensionales que se hubieran pagado. Además deberá los deterioros sufridos por el bien administrado, es decir, la reducción del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya que lo fue por el pago de mesadas pensionales en el RAIS y por los gastos de administración en que se incurrió, los cuales serán asumidos por la ADMINISTRADORA con cargo de su propio patrimonio.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- que proceda aceptar el traslado del demandante MANUEL ANTONIO RANGEL VILLABONA del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida, junto con el dinero que tenga en su cuenta individual y sus rendimientos financieros.

QUINTO: Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – que una vez la AFP PORVENIR S.A. de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a RECONOCER Y

PAGAR al señor MANUEL ANTONIO RANGEL VILLABONA la PENSIÓN DE VEJEZ prevista en el art. 12 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año, por ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 24 de agosto de 2018. La que COLPENSIONES deberá liquidar en los términos del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, con el IBL del promedio de las cotizaciones de los últimos diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, aplicando una tasa de reemplazo del 90%. El número de mesadas deberá atenderse a los dispuestos en el acto legislativo 01 de 2005. Dicha entidad está obligada a responder por el pago de las mesadas pensionales a partir del momento en que la AFP le traslade los recursos para su financiamiento. El monto de la mesada pensional para el año 2019 será la suma de \$7'663.266, la cual será incrementada anualmente conforme lo establece el Gobierno Nacional.

SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- a pagar al actor MANUEL ANTONIO RANGEL VILLABONA la suma de \$82'867.307 por concepto de diferencias pensionales liquidadas entre el 24 de agosto de 2018 y el 31 de diciembre de 2019. Debidamente indexado desde la fecha de la obligatoriedad, vale decir, una vez se haya realizado efectivamente el traslado de los dineros aquí ordenados y hasta la fecha en que sea efectivamente reconocido el derecho pensional por parte de la entidad.

SEPTIMO: Se autoriza a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a descontar del valor arrojado por concepto de diferencias pensionales ordenado pagar al actor MANUEL ANTONIO RANGEL VILLABONA los respectivos aportes en salud conforme lo establece la ley 100 de 1993.

OCTAVO: CONDENAR en costas a la parte vencida en juicio. Se fija la suma de DOS MILLONES DE PESOS MCTE (\$2.000.000) como agencias en derecho cargo de la AFP PORVENIR S.A., y a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- la suma de UN MILLÓN DE PESOS MCTE (\$1.000.000.) y a favor de la parte actora MANUEL ANTONIO RANGEL VILLABONA.

NOVENO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., que reintegre a la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONO PENSIONALES- el valor que reconoció y pagó por concepto de BONO PENSIONAL TIPO A MODALIDAD 2 a favor del señor MANUEL ANTONIO RANGEL VILLABONA, debidamente indexado desde el momento del pago del Bono Pensional y hasta que se haga efectivo el reintegro. Conforme a la parte motiva de esta providencia.

DECIMO: ABSOLVER al señor MANUEL ANTONIO RANGEL VILLABONA de las pretensiones que en contra instauró AFP PORVENIR S.A., en la demanda de reconvencción, por las razones expuestas.

DECIMO PRIMERO: ORDENAR remitir el expediente ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para que se surta el Grado Jurisdiccional de CONSULTA, por resultar adverso a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

DUODECIMO: CONSULTESE con el superior la presente decisión en el evento de no ser apelada.”

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR** presenta el recurso de apelación y solicita que se revoque los numerales, primero, segundo, tercero, octavo, noveno, décimo y las condenas que le fueron impuestas a su representada.

Aduce que en el numeral primero de sentencia se declaró la ineficacia del traslado, pero en la demanda no se expone ningún argumento para que se haga tal declaración; indica que en el art. 271 de la Ley 100 de 1993 señala que la afiliación quedará sin efecto cuando medien actos atentatorios contra el derecho de afiliación al sistema de seguridad social o que impidan dicho derecho, que esto quiere decir que se evidencien situaciones dolosas, las cuales ni se alegan, ni se acreditan en el proceso.

Dice que como no están configurados los supuestos del art. 271 de la Ley 100 de 1993, entonces que los vicios del consentimiento que se alegan en la demanda deben entenderse como una nulidad relativa.

Indica que según como lo manifestó el demandante en el interrogatorio de parte, sí recibió una asesoría y una proyección de la mesada

pensional; que en el año 2009 había manifestado la intención de devolverse a COLPENSIONES, pero en todo caso, permaneció ahí y solicitó ante su representada el reconocimiento de la pensión de vejez, a partir del 24 de agosto de 2018, por lo cual, según ella, convalidó la voluntad de permanecer en PORVENIR S.A. y las condiciones que se le ofrecían, lo que se reafirma con la actualización de sus datos, la autorización de la liquidación, emisión y pago del bono pensional; y eligió la modalidad de retiro programado para recibir el pago de la mesada pensional.

Además que, el consentimiento no se presta cuando se observa que se van a generar perjuicios, lo que descarta que el demandante no hubiera recibido la información suficiente para tomar la decisión de afiliarse.

Señala que en gracia discusión que, se dijera que existe un error en la afiliación del demandante, esto se dio fue por un error de derecho por parte del demandante al elegir un fondo de pensiones que le otorga unos derechos diferentes al del régimen de prima media con prestación definida. Lo cual no vicia el consentimiento del demandante de conformidad a las normas civiles.

Indica que, en cuanto a la orden que le se da, de que traslade el bono pensional, no es posible porque con él se financia la pensión que recibe el actor desde el año 2018, que de confirmarse esa orden se genera un enriquecimiento ilícito y sin causa por parte del demandante, toda vez que son dineros públicos. Así que lo que procede es la anulación del bono y no la devolución.

Solicita que se revoque la decisión que absolvió al demandante de devolver las mesadas que ha pagado, y la devolución de los gastos de administración porque se genera un enriquecimiento sin causa, por

cuanto estos se le deben por la excelente gestión de su representada, que generó rendimientos, por lo que, no puede decirse que se ocasionaron mermas y deterioros del capital pensional.

Solicita que se revoque las costas procesales, porque su representada ha actuado conforme a la ley y con buena fe.

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación y manifiesta que el traslado efectuado por el demandante es válido; además no cumple con los supuestos del art. 2° de la Ley 100 de 1993 para que proceda el traslado, al haber superado la edad en que podía hacerlo, y que no hay prueba de que hubiera un vicio en consentimiento.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el art. 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 se presentaron los siguientes alegatos:

ALEGATOS DE COLPENSIONES

El apoderado judicial de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia, porque con la sentencia se está invalidando un acto que ya produjo sus efectos jurídicos, toda vez que la demandante efectuó por muchos años sus aportes en pensión al fondo privado, por lo que no es posible que en la actualidad se le endilguen obligaciones a Colpensiones.

Indica que la afiliación al fondo privado se realizó en el ejercicio legítimo que tenía el demandante de la libre escogencia del fondo de pensiones, razón por la cual no puede predicarse la existencia de un error por vicios en el consentimiento.

Solicita que en caso de que confirme la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación, se absuelva a su representada del pago de costas, porque ha actuado de buena fe.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

El apoderado judicial de Porvenir S.A. alega que no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, como quiera que no se probó que faltaba uno de los elementos esenciales de este acto jurídico, ni tampoco procede la nulidad del cambio de régimen, pues igualmente no se acreditó que para ese momento el afiliado fuera incapaz absoluta o que faltara algún requisito formal para su validez.

Aduce que de haberse presentado alguna irregularidad en el cambio de régimen, se daría lugar a *nulidades relativas*, las cuales pueden ser ratificadas de manera expresa o tácita y están sometidas al fenómeno prescriptivo; que el consentimiento informado se materializó con la firma del formulario y cuando ejecutó actos de convalidación de su voluntad de pensionarse en el R.A.I.S; que garantizó el derecho al retracto; que el deber de información no le era exigible a la fecha en que se trasladó el actor, ni es obligatorio realizar proyecciones financieras; indica que cualquier declaración de nulidad o de ineficacia de dicho acto jurídico estaría actualmente prescrita conforme lo dispone el también el artículo 1750 del Código de Civil.

ALEGATOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

El apoderado judicial de esta cartera ministerial indica que la presunta ineficacia fue saneada, dado que, con posterioridad al traslado, el demandante desplegó actuaciones que ratificaron su voluntad de

permanecer en el RAIS: i) continuó cotizando a la AFP Porvenir S.A.; ii) aceptó la liquidación provisional de la primera versión de su bono pensional que posteriormente fue anulada; iii) aceptó la liquidación provisional de la versión inicial de su bono pensional; iv) aceptó la liquidación provisional de la versión complementaria de su bono pensional.

Indica que los efectos de la nulidad del traslado cuando se ordena el retorno a Colpensiones de nuevos aportantes que se encuentran próximos a pensionarse o que ya cuentan con un derecho pensional consolidado, se traducen en un perjuicio al RPM, pues se está adjudicando una prestación económica a favor de alguien que no contribuyó por un largo tiempo al fondo común y la financiación del mismo.

Aduce que la situación actual de traslados implica una afectación al erario público, un impacto fiscal y macroeconómico a futuro y un desequilibrio del Sistema General de Pensiones, completamente insostenibles, más aún cuando se impone una carga a una entidad que no debe acarrear con las consecuencias de las supuestas omisiones en las que incurrieron las AFP, quienes, en su rol de administradoras, tienen una función social de naturaleza fiduciaria, por cuyo incumplimiento deben responder únicamente ellas.

Alega que la AFP debe reintegrar a su representada el valor del bono pensional Tipo A.

ALEGATOS DE MANUEL ANTONIO RANGEL VILLABONA

La apoderada judicial del demandante solicita que se confirme la sentencia, insiste en que el no cumplimiento del deber de información

genera ineficacia del traslado, y manifiesta que el hecho de que su representado esté percibiendo la pensión no es un hecho constitutivo de aceptación de las condiciones en que le fue reconocida, puesto que esta situación obedece es a la necesidad del demandante de percibir ingresos para su sostenimiento.

IV. PRUEBAS PRACTICADAS EN SEGUNDA INSTANCIA

La Sala mediante el Auto 69 del 30 de junio de 2021 decretó prueba en la que requirió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que respondiera y aportara los documentos que dieran soporte a sus dichos sobre los siguientes interrogantes:

- 1. Diga y explique qué tipo de bono pensional fue expedido a favor del demandante y cuál es su composición.*
- 2. Diga y explique cuál fue el valor pagado por concepto de bono pensional al demandante, tanto del cupón principal del emisor y las cuotas partes por los contribuyentes, Informe si el bono pensional tuvo redención anticipada.*
- 3. Emita un concepto claro, detallado y con cifras ciertas en el que exprese de qué manera los intereses del Estado –incluyendo a los cuotapartistas- se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado.*

También requirió a PORVENIR S.A., para que respondiera y aportara los documentos que soporten su dicho sobre los siguientes interrogantes:

- 1. Diga y explique de manera detallada cuál fue la modalidad contratada y ésta de qué manera se ejecutó en el demandante, cuáles fueron los servicios financieros contratados por el demandante.*
- 2. Diga y explique cuáles son las operaciones, actos y contratos con la afiliada, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas en relación con el demandante.*
- 3. Informe qué valor recibió por concepto de bono pensional, y qué negocio realizó con el bono pensional que recibió de la demandante, expresado en valores.*
- 4. Informe cuánto es el capital total que acumuló la demandante en la cuenta de ahorro individual.*

5. *Informe cuánto de ese capital corresponde al bono pensional.*
6. *Indique cuál es el valor del dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante que fue puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. A qué valor equivalen los rendimientos.*
7. *Informe detalladamente cómo se ha pagado a la demandante la pensión, expresando una relación entre valores de mesadas de cara al capital total de la cuenta de ahorro individual.*
8. *Indique con cuánto capital cuenta el demandante a la fecha de la respuesta de estas preguntas.*
9. *Expresé en cifras si existe o no desgaste del capital para financiar la pensión.*
10. *Informe si contrató servicios con aseguradoras en aras de mejorar la pensión, y cuál fue esa aseguradora, qué servicios contrató.*
11. *Informe qué capital trasladó a la aseguradora y si tiene capital de reserva, en caso positivo exprese los valores.*

EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO afirma que con las decisiones de ineficacia de la afiliación en pensionados, se produce una presión fiscal de \$24.97 billones; que se genera un perjuicio financiero a Colpensiones porque no se permite un periodo de madurez de los aportes; que no es lógico que se produzca un enriquecimiento sin causa del pensionado, y a la AFP se le genere “*la quiebra*”.

Aduce que este proceso se debe abordar desde un enfoque consecuencialista conforme lo hace la sala plena del Tribunal Superior de Medellín, lo cual fue asumido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en la sentencia SL 373 de 2021.

PORVENIR S.A. indica que el demandante se pensionó bajo la modalidad de retiro programado; que el bono pensional tipo A fue redimido el 23 de junio de 2015 en la suma de \$251'951.000, de los cual Colpensiones aportó el 6% y la Nación el 94%. Informó que la mesada pensional del 2018:\$2'983.019, 2019:\$3'077.879, 2020:\$3'227.213, 2021:\$3'323.768; señala que la cuenta no está descapitalizada y que no hay contrato con aseguradora.

Dichas pruebas fueron puestas en conocimiento y las partes guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

5.1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para empezar, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la Sentencia SL 373 de 2021 abandonó el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado, señalando que quien ostenta esa calidad *“tiene una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer, porque podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones”*.

Al respecto, y de conformidad a los principios de congruencia y de consonancia establecido en el artículo 66 A adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, se tiene que COLPENSIONES no alegó, ni demostró con cifras ciertas que en virtud de la ineficacia del traslado se le afectara financieramente, PORVENIR y el MINISTERIO DE HACIENDA y CREDITO PÚBLICO no dieron cuenta de la afectación financiera que *“podría”* ocasionárseles con el traslado de la demandante al REGIMEN DE PRIMA MEDIA. Tanto que se decretó prueba preguntando sobre tales afectaciones y de ellas se corrió traslado a las partes sin recibir respuesta que demuestre dicha afectación, con cálculos, cifras, estadísticas, soportes técnicos y explicaciones que superen el campo de las suposiciones en torno a la afectación financiera

del sistema. De tal manera que, los supuestos sobre los cuales está cimentada la nueva jurisprudencia, no son concordantes en este proceso, porque ninguna de las entidades que hacen parte, teniendo la oportunidad de alegar y dar cuenta de cuál es la afectación financiera, no lo hicieron, por lo que, en virtud a los principios de congruencia y consonancia, no es dable aplicar los presupuestos expuestos en la reciente jurisprudencia (SL 373 de 2021) por la alta corporación.

En este punto es importante recordar lo que dicen los clásicos con relación a la interpretación del derecho jurisprudencial y las dificultades que ofrece en virtud a que las realidades sociales son cambiantes y en ellas también se da lugar a una jurisprudencia dinámica acorde a esas realidades, en un ejemplo insigne de que *“la norma, más que constituir el objeto sobre el que se realiza la interpretación, es en realidad el resultado de la misma”*¹

Edward Levy, en esa línea, distingue tres fases de cara a las dificultades en el razonamiento mediante ejemplos.

“La primera consiste en descubrir semejanzas entre el caso que se debe resolver y otros ya resueltos. En segundo lugar, se hace explícita la regla a que obedeció la solución en los casos anteriores. En la última fase se aplica aquella regla al caso planteado.

El primer tramo del razonamiento ofrece grandes dificultades. ¿Qué casos anteriores deben tomarse en cuenta para obtener una regla aplicable al que se debe resolver?

El principal criterio para la selección de precedentes es la analogía que deben guardar los casos fallados con el que se pretende solucionar. Pero no hay reglas para establecer qué semejanzas entre los casos son relevantes y qué diferencias son irrelevantes.

Una detallada descripción de los casos anteriores y del presente mostrará seguramente muchas diferencias. Sólo a medida que se avanza a un alto nivel de

¹ N. Lipari: *El problema de la interpretación jurídica, en el mismo “Derecho Privado”*, Real Colegio de España, Bolonia, 1980, pág. 103. Cita tomada del texto de Manuel Alonso Olea y José Luis Tortuero Plaza, *Instituciones de seguridad Social*, Décima cuarta edición revisada, Madrid, 1995, Editorial Civitas, S.A. pág. 55

abstracción en la descripción de los casos, omitiendo muchas circunstancias, se pueden obtener descripciones equivalentes (...).

En cuanto al segundo al segundo paso del razonamiento mediante ejemplos – la obtención de la regla a que se ajustaron los precedentes -, también presenta dificultades.

En el common law se tiene que los jueces no están obligados por las afirmaciones explícitas hechas por los otros jueces (ni siquiera por la que ellos mismos pudieran haber hecho acerca de la regla aplicable para la solución del caso), que se consideran simples obiter dicta, es decir afirmaciones que no son necesarias para fundamentar el fallo. Lo que los obliga es la ratio decidendi de los fallos anteriores, es decir el principio general que explica las decisiones adoptadas (...). Es evidente que en este tramo del razonamiento también el juez goza de una considerable libertad. Las mismas decisiones pueden ser explicadas según reglas que pueden tener mayor o menor amplitud y diferentes excepciones y condiciones.

En el tercer tramo del razonamiento, la regla obtenida se aplica al caso que se debe juzgar. Tiene que decidirse si este caso entra o no en el ámbito de la aplicación de la regla, si constituye una de las excepciones que ella prevé, o si cae más bien dentro del marco de otra regla obtenida a través de otra línea jurisprudencial distinta de la alegada. Es obvio que, en buen medida, la decisión estará determinada por la descripción que se haya dado del caso que se debe solucionar”²

En este orden se analizará sucesiva y separadamente los elementos con los cuales la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 hasta el año 2019 definió la posibilidad de declarar la ineficacia de traslado cuando quien demanda es pensionado. Que en general condensan la larga evolución doctrinal y jurisprudencial habida sobre el concepto de nulidad de traslado ahora ineficacia, luego de proferida la Ley 100 de 1993.

Lo que se constata al contemplar cómo a su vez, los procesos definitorios y delimitativos de las nulidades de pensiones son objeto de nuevas y continuas reinterpretaciones. En pocos terrenos como el de la nulidad de traslado, la jurisprudencia ha usado con más intensidad la equidad – que habrá de ponderarse en la aplicación de las normas,

² Santiago niño Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, editorial Ariel S.A., Barcelona, décima edición 2001, págs.. 293 y 294
M.P. GERMÁN VARELA COLLAZOS
Radicación: 760013105-003-2018-00437-01
Interno: 16195

según lo ordena el art. 228 constitucional. – renovando el derecho y adaptándolo a la realidad variante.

5.2. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Puestas así las cosas, lo que la sala resolverá es si de conformidad con los principios de consonancia y congruencia, en el marco de un cambio jurisprudencial en la Sentencia SL 373 de 2021, es dable o no declarar la ineficacia del traslado que realizó el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida hacía el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad el 21 de octubre de 1995, en consideración a que él está pensionado desde el 24 de agosto de 2018 en PORVENIR en la modalidad de retiro programado. Para lo cual se considerará si el deber de información se demuestra con la firma del formulario de afiliación suscrito por el demandante, la solicitud de la pensión y autorización del pago a través de la modalidad de retiro programado y la emisión y pago del bono pensional como lo alega PORVENIR.

Si procediera la declaratoria de la ineficacia, se determinará cuáles son las consecuencias de dicha declaración, si es procedente que ella quede válidamente afiliada a COLPENSIONES y allí se reconozca la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición establecido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, con fundamento en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, y si prospera o no la excepción de prescripción y las pretensiones de la demanda de reconvención formulada por PORVENIR S.A. contra el demandante. Si se debe revocar la condena en costas procesales.

5.3. TESIS QUE SE DEFIENDEN

La Sala defiende las siguientes tesis:

i) PORVENIR S.A. al no haber probado que cumplió con su deber de garantizar el consentimiento informado a la demandante el 21 de octubre de 1995 cuando se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el otrora ISS hacía el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se genera la ineficacia del traslado. La firma del formulario y los actos posteriores a aquella data no convalidan el consentimiento libre voluntario, pues el deber de información se debe garantizar desde las etapas iniciales y previas a la afiliación, puesto que si no es así, todos los actos posteriores tienen la misma consecuencia de la ineficacia. Se modifica la orden de devolver el bono pensional, para ordenar su devolución a Colpensiones y no al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ii) En el presente caso, en virtud de los principios de congruencia y consonancia, no es dable acoger el criterio de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL 373 de 2021, pues en esta jurisprudencia se considera que no es procedente declarar la ineficacia del traslado a quien esté pensionado, en razón a que se podría afectar el sistema financiero y los intereses económicos de terceros de buena fe, y en este asunto tales afectaciones no se demostraron, no se expusieron ni alegaron por las partes en la demanda ni en la contestación, ni en los recursos.

Además, se considera que la calidad de pensionado del demandante no es óbice para declarar la ineficacia, tal y como ha quedado sentado por la jurisprudencia a partir de la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, reiterada entre otras, en la sentencias Rad. 31314 del 6 de diciembre de 2011, radicado 71619 del 6 de agosto de 2019 y rad. 60350 del 30 de octubre de 2019, en los que se ha declarado la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de pensionados.

iii) Conforme a lo indicado por el juez de instancia, el demandante cumple con los requisitos legales para causar la pensión de vejez con fundamento en el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990 como beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; en consecuencia a la ineficacia del traslado y el cumplimiento de los requisitos legales para causar el derecho a la pensión de vejez en COLPENSIONES, se confirma la sentencia al respecto.

iv) No prospera la excepción de prescripción, no se revoca la condena en costas ni se acceden a las pretensiones de la demanda de reconvencción interpuesta por PORVENIR contra el demandante.

5.4. DEBER DE INFORMACIÓN POR PARTE DE LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES Y SU ALCANCE PARA LOS PENSIONADOS

5.4.1. Deber de información

Las sociedades administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, teniendo en cuenta que la AFP es la experta y el afiliado al momento del traslado era lego en temas financieros y pensionales, ambos se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta equilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera, tal y como lo dispone el artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003. Posteriormente, a ese deber de información se aumentó el **deber de asesoría y buen**

consejo acerca de lo que más le conviene al afiliado y, por tanto, lo que podría perjudicarlo, y luego, con la Ley 1748 de 2014 artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, Circular externa No. 016 de 2016 se incluyó a todo lo anterior el deber de la **doble asesoría**, que consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Esto ha quedado dicho en las sentencias SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL12136 de 2014, SI19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019.

En el presente asunto **no hay prueba de que PORVENIR haya suministrado información a la demandante en el momento en que se trasladó** desde el otrora ISS, tal y como lo consideró el juez de instancia. Por lo que no cumplió con el deber legal y constitucional que le asiste desde su fundación para con los afiliados.

Entonces, un acto jurídico de afiliación que se originó bajo el desconocimiento de deber de información, es decir, sin consentimiento informado, es ineficaz, *“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”*, no le asiste razón a PORVENIR cuando indica que la suscripción del formulario y los actos posteriores a la afiliación como la reclamación de la pensión y autorización de la emisión de bono pensional convalidan la voluntad para que se tenga con base en ellos que el consentimiento si fue informado, pues el deber de información se debió garantizar desde al etapas previas a afiliación, de lo contrario los actos posteriores originados a partir del acto que se dio sin el

consentimiento informado son ineficaces, tal y como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en las sentencias SL1452 de 2019 y SL 1688 de 2019, en las que se tomó como referencia las sentencias: radicación 31989 de 2008, radicación 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL12136 de 2014, SL 19447 de 2017, SL4964 de 2018 y SL4989 de 2018.

En consecuencia, si el traslado que realizó el actor al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR es ineficaz, entonces el efecto es privar de toda consecuencia práctica el traslado, bajo la ficción jurídica de que el demandante nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida y, por tanto, no perdió los beneficios del régimen de transición, si los generó. Tal y como lo concluyó la juez de instancia.

5.4.2. Del abandono que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral hace de la jurisprudencia de la ineficacia del traslado por ausencia de información, cuando quien demanda es pensionado(a), y argumentos por los que esta Sala no lo acoge

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021 en el caso de que se demande la ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información por parte de quien es pensionado, decide que no procede la declaratoria de ineficacia, porque la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

De cara a este cambio jurisprudencia, la Sala encuentra que en virtud de los principios de congruencia y consonancia establecido en el artículo 66 A adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, no es dable considerar que en el presente asunto al declararse la ineficacia del traslado del demandante, esté demostrado, ni siquiera planteada una afectación al sistema público de pensiones, a entidades públicas o a terceros de buena fe, pues en la demanda y la contestación no se alegaron tales circunstancias, y si se mencionaron, no se demostraron; y, por supuesto, como no se demostraron, ni alegaron en instancia no es propio adoptar a la conclusión a la que se llegó en la Sentencia SL 373 de 2021. Mal se haría en establecer supuestos de hecho que den lugar a generar un estado de cosas inexistentes, para acoplarse a la fuerza a la jurisprudencia en la que se consideró demostrada dicha afectación financiera. Tanto es así que ni siquiera habiéndose decretado prueba en esta instancia para que se sustentara probatoriamente tal afectación, de lo que se corrió traslado a Colpensiones, nada se dijo por los apelantes de manera concreta en relación a tan procurada afectación financiera.

En todo caso, la Sala se aparta de dicha jurisprudencia SL 373 de 2021, y acoge lo adocinado por esa misma Corporación por más de doce años, a partir de la Sentencia con radicado 31989 del 9 septiembre 2008, reiterada entre otras, en la sentencias Rad. 31314 del 6 de diciembre de 2011, radicado 71619 del 6 de agosto de 2019 y rad. 60350 del 30 de octubre de 2019, en los que se ha declarado la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de pensionados en el RAIS. **Por las siguientes razones:**

Sea lo primero indicar que la Corte Constitucional en la Sentencia C-621-2015 establece que es factible apartarse de un precedente jurisprudencial, entre otras circunstancias, cuando existen i) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a

determinada cuestión, o ii) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales.

Esta Sala considera que en la actualidad los procesos judiciales sobre ineficacia de traslado que derivan en traslados hacia COLPENSIONES se constituye una transformación social, y un interés tanto de afiliados, como de pensionados, y la jurisprudencia primigenia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral al respecto establece una hermenéutica de esta realidad social en la que se desarrollan argumentos fuertes sobre la responsabilidad de las AFP, derechos y garantías que en torno a ello tienen los afiliados y pensionados.

Es tanto así el impacto de esa realidad social, que en septiembre de 2021 se aprobó en primer debate la Ley que regula el traslado exprés a Colpensiones desde los Fondos Privados, al respecto el presidente de Colpensiones, Juan Miguel Villa, el 25 de septiembre de 2021 en una entrevista radial indicó que *“hay una visión que es la financiera y justicia social, pero también una decisión jurídica, hay cerca de 58 mil procesos judiciales en contra de los fondos privados, esas demandas en los 92% las está ganando los demandantes. Eso es un dolor de cabeza para todos (...) **prácticamente no hay nada más que hacer que poder resolver esa situación que tiene en angustia a muchas personas.**”*³

De cara a esa realidad compleja, en la Sentencia SL 373 de 2021 se admite que la ausencia de información al momento del traslado genera ineficacia de ese acto, lo cual da lugar a reclamar perjuicios a los pensionados a cargo de las administradoras de pensiones, lo que

³ <https://www.wradio.com.co/noticias/economia/los-puntos-clave-que-debe-saber-sobre-el-traslado-expres-de-las-pensiones/20210925/nota/4167125.aspx>

implica que los perjuicios van como mínimo a que se iguale el monto de la mesada pensional en ambos regímenes; la Sala advierte de la misma sentencia que la reclamación de dichos perjuicios puede tener el agravante de estar prescritos. Es así que, si en dicha sentencia se considera que es posible que se hayan generado afectaciones al pensionado (a) con el acto ineficaz que produjo una entidad de seguridad social, el problema que emerge es cuando la reparación esté prescrita y en este sentido prevalezca la forma sobre el derecho sustancial, en contravía a lo señalado en el artículo 228 de la Constitución Política, siendo el proceso la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente de la solución de los conflictos de intereses, tal como se ha dicho por la constitucional, entre otras, en la sentencia C-029 de 2005.

Por el contrario, en esos doce años la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia le da solidez a los derechos de los afiliados y pensionados sobre la posición dominante de las administradoras de fondos de pensiones, cuando no cumplen con su responsabilidad profesional de garantizar con transparencia la información a los afiliados; esto en consideración a que mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones y a su vez prestan servicios financieros; y esa doble connotación de conformidad al art. 4° del Decreto 656 de 1994, la hace una entidad con solvencia en el manejo económico, pero que tiene que dar cuenta de una formación en la ética del servicio público, no se puede soslayar esa doble connotación legal de ser entidad financiera y entidad de seguridad social, para darse prevalencia meramente a la condición de entidad financiera.

Lo anterior tiene mucha importancia porque la responsabilidad de las AFP en la etapa de decisión de afiliación o traslado es de carácter social debido a: a) la alta complejidad de la información que se debe analizar

antes de la afiliación o traslado; b) los derechos constitucionales que se encuentran comprometidos como lo son la seguridad social y el derecho pensional, de carácter irrenunciable, artículos 48 y 53 de la CP; c) porque se trata de una actividad que concierne al bien común de la sociedad entera, entendida como un cuerpo social, donde debe primar el interés colectivo que realiza cada persona que se afilia, sobre el interés particular que tenga la entidad, de alcanzar sus metas de crecimiento y beneficios económicos.

De tal manera que, a juicio de la Sala, si las administradoras no cumplen con sus obligaciones de brindar información al momento del traslado, se generan la ineficacia del traslado aunque los afiliados tengan o no un derecho consolidado (SL1452 de 2019 y SL 1688 de 2019).

La jurisprudencia primigenia que se acoge por esta Sala (la Sentencias a partir de la del radicado 31989 del 9 septiembre 2008 hasta antes de la Sentencia SL 373 de 2021) establece que en cualquier circunstancia la falta de información vicia el consentimiento y ello da lugar a solicitar la nulidad del contrato de afiliación suscrito con la AFP, con la correlativa ineficacia del traslado. Esta sala encuentra lo anterior razonable y equitativo, por estar en consonancia con el principio de UNIVERSALIDAD para afiliados y pensionados; máxime que parten del hecho que la información que se exige a las administrados procura eliminar la asimetría que existe entre el afiliado lego y el administrador experto en una materia de alta complejidad; que la PORVENIR de la seguridad social pensional se tiene que garantizar en el marco de las vinculaciones de las personas con las entidades administradoras de los regímenes de pensiones, desde sus fases de acceso, adaptabilidad y derecho a la información, pues la pensión es un derecho que se construye a partir de esas fases iniciales, por lo que no puede pensarse que la garantía del derecho se da solo con el cobro de la mesada pensional en cualquier monto y circunstancia.

Esta Sala de decisión decretó como prueba de oficio para que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público explicara cuál es la afectación a los intereses del Estado si se llegara a la ineficacia en este asunto, a lo que indicó que se genera un enriquecimiento sin causa del demandante y la “quiebra” de la AFP, que con la devolución de sumas de dinero que se ordena a favor de Colpensiones se afecta de manera positiva al Estado, pero que en el futuro se genera una presión fiscal por el subsidio que debe asumir el Estado en el reconocimiento de las pensiones; que “*más allá de esa afectación*”, que esta Sala lo que debe hacer es acatar la Sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021 proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en la que determinó que no procede la ineficacia de traslado en el caso de pensionados; explicó que pagó a favor del demandante un bono pensional tipo A por valor de \$251´951.000 con el cual se financia la pensión de vejez al demandante.

De cara a lo que plantea el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es propio poner de presente lo siguiente:

Primero, la *autonomía e independencia judicial* está consagrada en la C.P. en los artículos 13, 29, 83, 228, entre otros; principios que conlleva a la subjetividad reflexiva del juez en una sociedad heterónoma, a un compromiso ético y su sometimiento al Derecho, lo que no se puede mutilar por ninguna circunstancia en un Estado Democrático.

Segundo, que en un Estado Social de Derecho la parte económica no puede prevalece sobre los derechos de los ciudadanos y el Derecho debe estar al servicio de ellos y no al revés; tal como se puede evidenciar en la amplia jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

Tercero, no podemos renunciar a los juicios – uno de ellos es la crisis del sistema pensional - que en la sociedad contemporánea establecen sobre

sus instituciones y su funcionamiento las altas cortes, los tribunales, los jueces, las entidades oficiales o los particulares, quienes al final son los que dan contenido completo a las formas de resolver los problemas jurídicos, en la construcción de un orden social rigurosamente pensado

Cuarto, el presidente de COLPENSIONES Juan Miguel Villa, el 25 de septiembre de 2021 en una entrevista radial dijo *“hay una visión que es la financiera y justicia social, pero también una decisión jurídica, hay cerca de 58 mil procesos judiciales en contra de los fondos privados, esas demandas en los 92% las está ganando los demandantes. Eso es un dolor de cabeza para todos (...) prácticamente no hay nada más que hacer que poder resolver esa situación que tiene en angustia a muchas personas.”*⁴ Se trae a colación la cita únicamente para indicar la complejidad del problema que se resuelve y, que, abarca soluciones, incluso, transdisciplinarias a las que el juez no debe estar ausente, precisamente por lo que lo caracteriza: la *autonomía e independencia*.

Quinto, a juicio de este tribunal, las consecuencias no las tiene que asumir el demandante, tal como lo señaló la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia por más de 13 años antes de la Sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021 en procesos similares; aunado a los argumentos que ampliamente se expresan en esta providencia; son las razones que llevan al tribunal a confirmar la sentencia apelada y consultada.

5.5. CONSECUENCIAS DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

En razón a que hasta aquí se tiene que el acto de traslado de régimen pensional es ineficaz por ausencia de información se pasa a definir cuáles son las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado.

⁴ <https://www.wradio.com.co/noticias/economia/los-puntos-clave-que-debe-saber-sobre-el-traslado-expres-de-las-pensiones/20210925/nota/4167125.aspx>

La Corte en la Sentencia rad. 31989 del 9 septiembre 2008 y reiterada hasta el año 2019 fundamenta cuáles son las consecuencias de la nulidad de traslado, entendida ahora como ineficacia de traslado de régimen pensional, en el caso de un pensionado.

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

*“En el sub lite, la **anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciere la administradora de régimen de prima media al que retorna.**”* Negrita y subraya fuera de texto.

Así que al advertirse el actuar indebido de la AFP al no haber suministrado la información a la demandante como era su deber legal, esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, para el caso concreto, **devolver lo que pagó por concepto de mesadas pensionales desde agosto de 2018, además de los bonos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos**

recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, destinado a la pensión de vejez, tal como lo dispuso la sentencia CSJ, SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 que dijo:

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.” se resalta

De igual manera, se da respuesta a la queja de PORVENIR en torno a la orden de devolver los gastos de administración, rendimientos y bono pensional, pues siguiendo con esas consecuencias de la ineficacia del traslado que ha establecido la Corte Suprema de Justicia, PORVENIR entregará con cargo a su patrimonio a COLPENSIONES los gastos de administración generados durante el tiempo en que estuvo afiliado el actor allí, el bono pensional Tipo A pagado por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos.

En tal sentido, la Sala **modifica el numeral noveno de la sentencia** en razón a la consulta a favor de COLPENSIONES, para que la devolución del Bono Pensional Tipo A modalidad 2 que POVENIR S.A. debe hacer, la realice a favor de COLPENSIONES y no hacía el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La devolución del Bono Pensional Tipo A a COLPENSIONES se dispone porque como se dijo en precedencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en las sentencias referenciadas ha ordenado a las AFP que devuelvan a la administradora del Régimen de Prima Media, entre otros valores, los que hubieran recibido a título bonos pensionales, máxime

que ese Bono Pensional Tipo A se liquidó emitió y pagó, una vez estuvo consolidada la historia laboral con las cotizaciones que el actor realizó en el otrora ISS, cotizaciones que hubieran permanecido en el Régimen de Prima Media si el actor no se hubiera trasladado al Régimen de Ahorro Individual.

Aunado a lo anterior, se trae a colación la sentencia de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia STL3223 de 2020, en la que ese Ministerio fue el accionante contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, en procura del amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y “seguridad jurídica” que consideraba vulnerados en un proceso de ineficacia de traslado, respecto a la orden que dio el Tribunal a PORVENIR S.A. de devolver lo que recibió por pago de bono pensional, indicando que no era posible *“ordenar el traslado de dichas sumas al RPM, ahora, pese a ello, tampoco [el Tribunal] resolvió ordenar el reintegro de las sumas pagadas por dicho concepto por la Nación”*.

La Corte en esa sentencia de tutela negó el amparo por encontrar razonabilidad de la decisión que declaró la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, y la orden a PORVENIR S.A. de devolver a Colpensiones el Bono redimido y que absolvió al Ministerio de las pretensiones incoadas en su contra al demostrar vicio en el consentimiento.

Y esa Corporación en la SL 1309 de 2021 respecto a la devolución de bonos pensionales indicó que:

“Así, aun cuando la redención del bono debe llevarse a cabo a la data en que se cumpla la edad para acceder a la pensión de vejez, tal y como lo prevé el numeral 1° del precepto 11 del Decreto 1299 de 1994, en concordancia con el literal a) del artículo 20 del decreto 1748 de 1995 y el 117 de la Ley 100 de 1993, que sería el aplicable al caso de autos, hecho que se consumó y se materializó con la

consignación ante el fondo de pensiones PORVENIR S.A. el 15 de diciembre de 2011, de las siguientes sumas: por parte del Instituto de Seguros Sociales \$42.937.000, y por La Nación \$223.522.000, como se desprende del documento obrante a folio 110 del cuaderno de la Corte allegado a esta Sala por parte de dicha administradora; no obstante, no puede perderse de vista que la orden del retorno del promotor del litigio al régimen de prima media, es un hecho sobreviniente que surge como consecuencia del criterio doctrinal aquí plasmado, por darse los presupuestos previstos en la sentencia CC C-789/02, como ya quedó visto.

En esa medida, al ser un hecho consumado la redención de los bonos pensionales lo que no es dable retrotraer, y ser este ahora parte del capital de la cuenta de ahorro individual que el demandante tiene en el fondo privado, lo procedente en este caso, es que dicho monto sea trasladado a la administradora de pensiones Colpensiones, junto con los dineros correspondientes a los aportes y los rendimientos que esas sumas hayan generado, pues como ya se dijo, los bonos hacen parte de las contribuciones destinadas a financiar la prestación deprecada (art. 115 Ley 100/93)."

En atención a que COLPENSIONES formuló la excepción de prescripción de la acción, se indica que de acuerdo con las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, y CSJ SL 4360-2019 la acción encaminada a la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional es imprescriptible. Por el contrario, las mesadas pensionales no reclamadas dentro de los 3 años siguientes a la fecha en que se hagan exigibles sí prescriben.

Así las cosas, la sala confirma la decisión de instancia respecto a las consecuencias de la ineficacia, no obstante en virtud de la consulta a favor de Colpensiones se ordena que PORVENIR reintegre a COLPENSIONES el valor del bono pensional, y no al Ministerio de Hacienda y Crédito público, esto de conformidad a lo establecido por la jurisprudencia especializada citada.

5.6. DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Los valores recibidos de buena fe por la pensionada no deberán devolverse, teniendo en cuenta que en la sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, al respecto se adoctrinó:

M.P. GERMÁN VARELA COLLAZOS
Radicación: 760013105-003-2018-00437-01
Interno: 16195

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

En consideración a que PORVENIR debe asumir los deterioros del capital por el pago de mesadas pensiones, no es dable ordenar la devolución a la parte demandante, por lo cual, se absuelve a ésta de las pretensiones formuladas por PORVENIR S.A. en la demanda de reconvención.

5.7. Pensión de vejez en Colpensiones

Ahora, en cuanto a la pensión de vejez, se encuentra que el demandante tiene derecho a ella con fundamento en el Art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año como beneficiario del régimen de transición establecido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 por las siguientes razones:

El demandante nació el 23 de junio de 1953, por lo tanto, el 1° de abril de 1994 contaba con 40 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición, y no se afectó con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, comoquiera que contaba con 1.244 semanas al 29 de julio de 2005, y cumplió 60 años el 23 de junio de 2013. Por ello, la norma bajo la cual construyó su expectativa pensional, es el previsto en el Art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

El artículo 12 del Decreto 758 de 1990 establece que tienen derecho a una pensión de vejez los hombres que cumplan 60 o más años de edad

si se es hombre, y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de 1.000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Pues bien, se observa que el demandante causó el derecho pensional el 23 de junio de 2013, fecha en que cumplió los 60 años y reunía más de 1.000 semanas de cotización en cualquier tiempo. Es necesario precisar, así mismo, que se confirma la fecha del disfrute a partir del 24 de agosto de 2018, por no encontrar una decisión más favorable a Colpensiones, respecto de quien se consulta la sentencia.

Se confirma el monto de la pensión liquidado por la juez de instancia, para el 24 de agosto de 2018 en la suma de \$7.427.085, la cual fue calculada de conformidad al art. 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, tal y como se observa a folio 411 del expediente, por ser favorable para Colpensiones.

No hay mesadas prescritas por cuanto la pensión se reconoce el a partir del 24 de agosto de 2018 y la demandante solicitó el traslado y reconocimiento de la pensión de vejez ante COLPENSIONES el 21 de mayo de 2018, fl. 55, y la demanda se presentó ese mismo año, de ahí que no alcanzó a transcurrir el trienio prescriptivo del art. 151 del CPTSS entre la fecha de disfrute y de la solicitud.

Se confirma la suma de \$82'867.307 por concepto de diferencias pensionales liquidadas por el juzgado entre el 24 de agosto de 2018 y el 31 de diciembre de 2019, como se observa en la liquidación a folio 412 del expediente, por ser favorable para Colpensiones. Las liquidaciones y conteo de semanas hacen parte integral de esta sentencia.

Finalmente y teniendo en cuenta lo anterior, no se accede a la solicitud de PORVENIR y COLPENSIONES de que revoque la condena en costas, por cuanto las mismas son objetivas al estar a cargo de la parte vencida en juicio.

De conformidad a todas las consideraciones se modifica el numeral noveno de la sentencia apelada y consultada, y se confirma en lo demás.

Se condena en COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES y a favor de MANUEL ANTONIO RANGEL VILLABONA. Inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE**

PRIMERO: MODIFICAR el numeral noveno de la sentencia No. 3 del 27 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que la devolución del Bono Pensional Tipo A modalidad 2 que POVENIR S.A. debe hacer en el valor \$251.951.000⁵ indexado a la fecha en que se haga efectiva la devolución, lo haga a favor de COLPENSIONES y no a favor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en lo demás se confirma el numeral.

⁵ Valor que se sustenta en el PDF 24RtaMinhacienda00320180043701 cuaderno virtual Tribunal
M.P. GERMÁN VARELA COLLAZOS
Radicación: 760013105-003-2018-00437-01
Interno: 16195

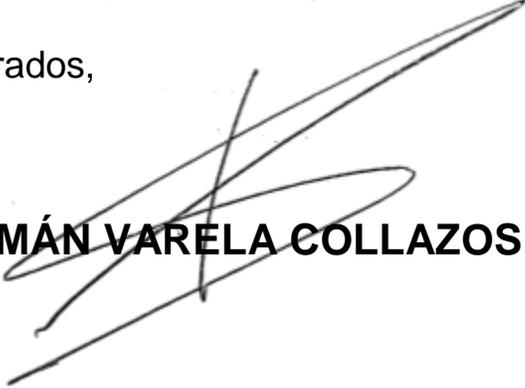
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y a favor de MANUEL ANTONIO RANGEL VILLABONA. Inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una.

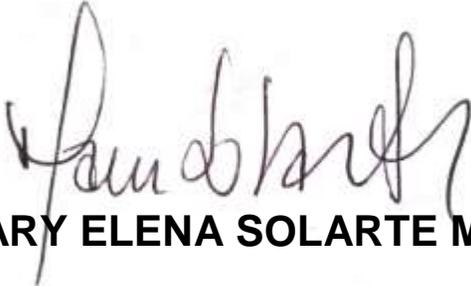
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

FECHA DE ACTUALIZACIÓN DE LA
 PENSIÓN

24/08/2018

F/DESDE	F/HASTA	DÍAS	IBC	INDICE INICIAL	INDICE FINAL	IBC INDEXADO	IBC INDEXADO X DIAS
24/08/2008	30/09/2008	37	5.350.000,00	92,87228	138,85399	7.998.822	295.956.418
1/10/2008	31/10/2008	30	5.528.000,00	92,87228	138,85399	8.264.951	247.948.534
1/11/2008	31/12/2008	60	5.350.000,00	92,87228	138,85399	7.998.822	479.929.326
1/01/2009	30/04/2009	120	5.350.000,00	100	138,85399	7.428.688	891.442.616
1/05/2009	30/06/2009	60	4.815.000,00	100	138,85399	6.685.820	401.149.177
1/07/2009	31/12/2009	180	5.350.000,00	100	138,85399	7.428.688	1.337.163.924
1/01/2010	30/06/2010	180	5.350.000,00	102,00181	138,85399	7.282.899	1.310.921.761
1/07/2010	31/07/2010	30	5.884.000,00	102,00181	138,85399	8.009.827	240.294.817
1/08/2010	30/09/2010	60	5.617.000,00	102,00181	138,85399	7.646.363	458.781.778
1/10/2010	31/10/2010	30	6.422.000,00	102,00181	138,85399	8.742.201	262.266.030
1/11/2010	31/12/2010	60	5.778.000,00	102,00181	138,85399	7.865.531	471.931.834
1/01/2011	30/06/2011	180	5.778.000,00	105,23651	138,85399	7.623.764	1.372.277.585
1/07/2011	31/07/2011	30	6.356.000,00	105,23651	138,85399	8.386.405	251.592.141
1/08/2011	31/12/2011	150	6.067.000,00	105,23651	138,85399	8.005.085	1.200.762.678
1/01/2012	30/06/2012	180	6.067.000,00	109,1574	138,85399	7.717.545	1.389.158.118
1/07/2012	31/07/2012	30	6.796.000,00	109,1574	138,85399	8.644.872	259.346.150
1/08/2012	31/12/2012	150	6.432.000,00	109,1574	138,85399	8.181.844	1.227.276.662
1/01/2013	30/06/2013	180	6.432.000,00	111,81576	138,85399	7.987.325	1.437.718.578
1/07/2013	31/07/2013	30	7.204.000,00	111,81576	138,85399	8.946.003	268.380.095
1/08/2013	30/11/2013	120	6.818.000,00	111,81576	138,85399	8.466.664	1.015.999.716
1/12/2013	31/12/2013	30	7.045.000,00	111,81576	138,85399	8.748.555	262.456.659
1/01/2014	30/06/2014	180	6.818.000,00	113,98254	138,85399	8.305.715	1.495.028.718
1/07/2014	31/07/2014	30	7.500.000,00	113,98254	138,85399	9.136.530	274.095.908
1/08/2014	31/12/2014	150	7.159.000,00	113,98254	138,85399	8.721.123	1.308.168.402
1/01/2015	31/07/2015	210	7.159.000,00	118,15166	138,85399	8.413.388	1.766.811.402

M.P. GERMÁN VARELA COLLAZOS
 Radicación: 760013105-003-2018-00437-01
 Interno: 16195

1/08/2015	31/08/2015	30	8.233.000,00	118,15166	138,85399	9.675.572	290.267.162
1/09/2015	30/11/2015	90	7.517.000,00	118,15166	138,85399	8.834.116	795.070.419
1/12/2015	31/12/2015	30	9.020.000,00	118,15166	138,85399	10.600.469	318.014.065
1/01/2016	31/05/2016	150	7.517.000,00	126,14945	138,85399	8.274.039	1.241.105.819
1/06/2016	30/11/2016	180	8.118.000,00	126,14945	138,85399	8.935.566	1.608.401.815
1/12/2016	31/12/2016	30	9.255.000,00	126,14945	138,85399	10.187.073	305.612.195
1/01/2017	31/05/2017	150	8.118.000,00	133,39977	138,85399	8.449.915	1.267.487.220
1/06/2017	30/06/2017	30	8.118.000,00	133,39977	138,85399	8.449.915	253.497.444
1/07/2017	31/07/2017	30	9.935.600,00	133,39977	138,85399	10.341.830	310.254.891
1/08/2017	30/11/2017	120	8.767.000,00	133,39977	138,85399	9.125.450	1.095.053.999
1/12/2017	31/12/2017	30	8.942.340,00	133,39977	138,85399	9.307.959	279.238.770
1/01/2018	23/08/2018	233	8.767.000,00	138,85399	138,85399	8.767.000	2.042.711.000
		3600					29.733.573.825
							29.733.573.825

INGRESO BASE 10 ÚLTIMOS
 AÑOS
 TASA DE REMPLAZO
 MESADA PENSIONAL AL
 24/08/2018

8.259.326
 90,00%
7.433.393

DIFERENCIAS PENSIONALES

AÑO	IPC	VALOR MESADA RPM	VALOR MESADA RAIS	DIFERENCIA	MESES	TOTAL
2018	3,18%	7.427.085	2.983.019,00	5,23333333	23.257.279	7.427.085
2019	3,80%	7.663.266	3.077.879,00	13	59.610.035	7.663.266
						\$82.867.314

CONTEO DE SEMANAS

F/DESDE	F/HASTA	DÍAS	SEMANAS	29/07/2005 A. LEGISLATIVO

16/02/1981	31/12/1981	319	45,57	45,57
1/01/1982	31/07/1982	212	30,29	30,29
1/08/1982	31/12/1982	153	21,86	21,86
1/01/1983	28/02/1983	59	8,43	8,43
1/03/1983	31/12/1983	306	43,71	43,71
1/01/1984	31/07/1984	213	30,43	30,43
1/08/1984	31/12/1984	153	21,86	21,86
1/01/1985	31/01/1985	31	4,43	4,43
1/02/1985	31/07/1985	181	25,86	25,86
1/08/1985	30/09/1985	61	8,71	8,71
3/10/1985	31/12/1985	90	12,86	12,86
1/01/1986	31/12/1986	365	52,14	52,14
1/01/1987	31/12/1987	365	52,14	52,14
1/01/1988	17/07/1988	199	28,43	28,43
18/07/1988	14/08/1988	28	4,00	4,00
7/12/1988	31/12/1988	25	3,57	3,57
1/01/1989	17/09/1989	260	37,14	37,14
22/09/1989	31/12/1989	101	14,43	14,43
1/01/1990	31/03/1990	90	12,86	12,86
1/04/1990	31/12/1990	275	39,29	39,29
1/01/1991	31/03/1991	90	12,86	12,86
1/04/1991	30/09/1991	183	26,14	26,14
1/10/1991	31/12/1991	92	13,14	13,14
1/01/1992	31/07/1992	213	30,43	30,43
1/08/1992	31/12/1992	153	21,86	21,86
1/01/1993	31/12/1993	365	52,14	52,14
1/01/1994	30/04/1994	120	17,14	17,14
1/05/1994	31/12/1994	245	35,00	35,00
1/01/1995	31/07/1995	210	30,00	30,00
1/08/1995	31/08/1995	30	4,29	4,29
1/09/1995	28/10/1995	58	8,29	8,29
1/11/1995	31/12/1995	60	8,57	8,57
1/01/1996	31/07/1996	210	30,00	30,00
1/08/1996	31/12/1996	150	21,43	21,43
1/01/1997	31/07/1997	210	30,00	30,00
1/08/1997	31/08/1997	30	4,29	4,29
1/09/1997	31/12/1997	120	17,14	17,14
1/01/1998	31/08/1998	240	34,29	34,29
1/09/1998	30/09/1998	30	4,29	4,29
1/10/1998	31/12/1998	90	12,86	12,86
1/01/1999	31/12/1999	360	51,43	51,43
1/01/2000	31/10/2000	300	42,86	42,86
1/11/2000	31/12/2000	60	8,57	8,57
1/01/2001	31/10/2001	300	42,86	42,86
1/11/2001	30/11/2001	30	4,29	4,29
1/01/2002	13/01/2002	13	1,86	1,86
1/02/2002	31/07/2002	180	25,71	25,71
1/08/2002	30/11/2002	120	17,14	17,14

1/12/2002	31/12/2002	30	4,29	4,29
1/01/2003	31/03/2003	90	12,86	12,86
1/04/2003	31/12/2003	270	38,57	38,57
1/01/2004	31/12/2004	360	51,43	51,43
1/01/2005	31/01/2005	30	4,29	4,29
1/02/2005	30/11/2005	300	42,86	25,57
1/12/2005	31/12/2005	30	4,29	1244
1/01/2006	31/01/2006	30	4,29	
1/02/2006	31/05/2006	120	17,14	
1/06/2006	31/12/2006	210	30,00	
1/01/2007	30/06/2007	180	25,71	
1/07/2007	31/07/2007	30	4,29	
1/08/2007	31/08/2007	30	4,29	
1/09/2007	30/09/2007	30	4,29	
1/10/2007	31/12/2007	90	12,86	
1/01/2008	31/05/2008	150	21,43	
1/06/2008	30/09/2008	120	17,14	
1/10/2008	31/10/2008	30	4,29	
1/11/2008	31/12/2008	60	8,57	
1/01/2009	30/04/2009	120	17,14	
1/05/2009	30/06/2009	60	8,57	
1/07/2009	31/12/2009	180	25,71	
1/01/2010	30/06/2010	180	25,71	
1/07/2010	31/07/2010	30	4,29	
1/08/2010	30/09/2010	60	8,57	
1/10/2010	31/10/2010	30	4,29	
1/11/2010	31/12/2010	60	8,57	
1/01/2011	30/06/2011	180	25,71	
1/07/2011	31/07/2011	30	4,29	
1/08/2011	31/12/2011	150	21,43	
1/01/2012	30/06/2012	180	25,71	
1/07/2012	31/07/2012	30	4,29	
1/08/2012	31/12/2012	150	21,43	
1/01/2013	30/06/2013	180	25,71	
1/07/2013	31/07/2013	30	4,29	
1/08/2013	30/11/2013	120	17,14	
1/12/2013	31/12/2013	30	4,29	
1/01/2014	30/06/2014	180	25,71	
1/07/2014	31/07/2014	30	4,29	
1/08/2014	31/12/2014	150	21,43	
1/01/2015	31/07/2015	210	30,00	
1/08/2015	31/08/2015	30	4,29	
1/09/2015	30/11/2015	90	12,86	
1/12/2015	31/12/2015	30	4,29	
1/01/2016	31/05/2016	150	21,43	
1/06/2016	30/11/2016	180	25,71	
1/12/2016	31/12/2016	30	4,29	
1/01/2017	31/05/2017	150	21,43	

1/06/2017	30/06/2017	30	4,29
1/07/2017	31/07/2017	30	4,29
1/08/2017	30/11/2017	120	17,14
1/12/2017	31/12/2017	30	4,29
1/01/2018	24/08/2018	234	33,43
		13412	1916,00

Firmado Por:

German Varela Collazos
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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:

**7008bf8a3cf0143370300f2578cc5abae75624e242d1c638ca306c28ac
126d5a**

Documento generado en 30/09/2021 08:47:29 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>