



SENTENCIA

| | |
|------------|---------------------------------------|
| PROCESO | Ordinario laboral |
| DEMANDANTE | Aracelly Acevedo Marín |
| DEMANDADO | Colpensiones y Porvenir S.A. |
| RADICADO | 05-001-31-05-012-2019-00361 |
| TEMA | Ineficacia de traslado |
| DECISIÓN | Adiciona, revoca y confirma sentencia |

El veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintidós (2022), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el **ACTA 318** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **ARACELLY ACEVEDO MARÍN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, con radicado **05-001-31-05-012-2019-00361**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos de la sustitución de poder conferido por el doctor **RICHARD GIOVANNY SUAREZ TORRES**, en calidad de representante legal de la firma **RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S.**, y apoderado judicial de **COLPENSIONES**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar a la Dra. **LESLIE ALEJANDRA BERMÚDEZ HERRERA**, identificada con cédula de ciudadanía N° 1.128.390.288 y portadora de la tarjeta profesional N° 343.613 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de **COLPENSIONES**.

De igual forma, el despacho de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, le reconoce personería suficiente para actuar al Dr.

OCTAVIO ANDRÉS CASTILLO OCAMPO, identificado con cédula de ciudadanía N° 1.017.151.267 y portador de la tarjeta profesional N° 380.131, para que continúe la representación de PORVENIR S.A.

• **PRETENSIONES**

La demandante pretende se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al RAIS administrado por PORVERNIR S.A, por vicio del consentimiento, por lo que debe tenerse como afiliada sin solución de continuidad al RPM, conservando el régimen de transición, asistiéndole el derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta la sumatoria de tiempos públicos y privados bajo el decreto 758 de 1990 o en subsidio con la ley 71 de 1988.

Como consecuencia, se condene a PORVENIR S.A., al pago de la indemnización por perjuicios ocasionados, y a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez con base en el decreto 758 de 1990, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, o en subsidio con ley 71 de 1998, aplicando una tasa de reemplazo del 75%, debiendo reliquidar la pensión que actualmente disfruta con el promedio de los últimos 10 años, junto con el retroactivo por concepto del reajuste, debidamente indexado, y a las costas procesales.

• **HECHOS:**

Como fundamento de sus pretensiones señaló que nació el 25 de agosto de 1951, cumpliendo en el año 2006, los 55 años. Que el 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años, en consecuencia, era beneficiaria del régimen de transición. Que comenzó su vida laboral en el mes de julio de 1974 al estar al servicio de la ESE Hospital Mental de Antioquia. Que por la confusión generada por la entrada en vigor de la ley 100 de 1993, fue abordada por un asesor comercial de PORVENIR S.A., cuando laboraba en el Hospital General de Medellín, suscribiendo el formulario de traslado de régimen el día 2 de marzo de 2000. Que el asesor comercial solo le explicó los beneficios del fondo privado. Que contaba con 543,57 semanas en el interregno del 25 de agosto de 1986 al 25 de agosto de 2006. Que retornó a COLPENSIONES, en el mes de mayo de 2009. Que le fue reconocida la pensión de vejez a través de la resolución SUB 104292 de 2018, a partir del 5 de diciembre de 2017. Que le fue reliquidada su pensión a través de la resolución SUB

150337 de 2018. Que no se le es aplicable el acto legislativo 01 de 2005. Y que le ocasionó perjuicios patrimoniales el traslado al ser inducida en error, como lo es el retroactivo y los gastos de la asesoría profesional del abogado.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ **COLPENSIONES:**

Frente a los hechos de la demanda manifiesta que es cierta la fecha de nacimiento. Que cumplió los requisitos para acceder a la prestación económica el 5 de diciembre de 2017, ya que en dicha fecha dejó de cotizar al sistema pensional. Que es cierto que para 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años para ser beneficiaria del régimen de transición, sin embargo, no le era aplicable por haber escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad. Que es cierta la fecha en que inició su vida laboral. Que no le consta el traslado a PORVENIR S.A. como tampoco la asesoría brindada por dicho fondo. Que la demandante al trasladarse de fondo, perdió el régimen de transición, por lo que se encuentra correctamente liquidada por esta entidad. Que es cierto que regresó al RPM. Y que varios hechos son apreciaciones subjetivas de la parte actora. Se opuso a las pretensiones, y presentó varias excepciones de fondo.

- ✓ **PORVENIRS.A.:**

Frente a los hechos de la demanda indicó que no le consta la fecha de nacimiento ni las relaciones laborales sostenidas por la demandante. Que es cierta la afiliación al fondo privado, la cual se realizó de manera informada, libre y por autonomía de la voluntad de la afiliada. Que la accionada siempre se le ha dado una continua asesoría a la demandante y no omitió información de ninguna índole que condijera al error de la afiliación. Que, conforme a las reglas para el año de 1997, se le informó de manera clara y verás de las condiciones del RAIS. Que, si bien, la demandante ostenta la edad para el 1° de abril de 1994, no cumple con los 15 años de servicio continuo para recuperar el régimen de transición. Que no existen vicios del consentimiento en la información brindada a la actora. Que es cierto que la demandante se trasladó a COLPENSIONES el 5 de agosto de 2009. Y que no le constan los hechos que van dirigidos en contra de COLPENSIONES. Se opuso a las pretensiones que van dirigidas en su contra, y se abstuvo de pronunciarse

frente a las dirigidas en contra de COLPENSIONES. Y planteó varias excepciones de fondo.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 24 de febrero de 2022, el Juzgado Decimosegundo Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la demandante a PORVENIR S.A., entendiéndose para todos los efectos que siempre estuvo afiliada sin solución de continuidad al RPM, dirigida por COLPENSIONES.

Como argumento de su decisión, expuso que PORVENIR S.A. tenía la obligación desde la fase precontractual de proporcionar a su interesada una información completa y comprensible. Que, el formulario de afiliación anexo con la demanda, se torna insuficiente para demostrar la información suministrada a la actora, ya que éste es una forma preimpresa, en donde no se evidencia la información de las ventajas y desventajas de estar en PORVENIR S.A., pues tan solo se limita a hacer una encuesta en general sobre los datos de la actora, no cumpliendo con demostrar la debida asesoría. Que la demandante tuvo una asesoría en el momento del traslado del régimen, pero no fue adecuada, pues tan solo se le habló de las ventajas de pertenecer al fondo privado, sin informarle acerca de las desventajas que tenía al afiliarse, por lo anterior, no se le realizó la asesoría de acuerdo a los criterios exigidos por la norma y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, debiéndose declarar la ineficacia del traslado, y por ende, nunca estuvo afiliada al RAIS.

DECLARÓ que la demandante no es beneficiaria del régimen transición, toda vez que no acreditó las 750 semanas al 29 de julio de 2005, ya que con el certificado laboral de la ESE HOSPITAL MENTAL DE ANTIOQUIA y el MUNICIPIO DE MEDELLÍN, se reunieron 233.85 semanas, sumado al reportado en la historia laboral de COLPENSIONES, solo acredita 722.43 semanas.

CONDENÓ a PORVENIR S.A, a que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, traslade a COLPENSIONES, los valores descontados por gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus

propios recursos. E igualmente, dispuso que, al momento de incumplir la orden, los conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

ORDENÓ a COLPENSIONES, a recibir los mencionados valores integrarlos al fondo común que administra.

DECLARÓ infundadas las excepciones de prescripción y compensación.

ABSOLVIO a las demandadas de las demás pretensiones impetradas en su contra por la demandante, como es la indemnización de perjuicios, ya que no se anexó prueba al respecto.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a PORVENIR S.A. Y absolvió de las mismas a COLPENSIONES.

- **APELACIONES:**

- ✓ **DEMANDANTE:**

Interpuso recurso de apelación de manera parcial manifestando que, no está de acuerdo con la negativa en la reliquidación de la pensión de la demandante, toda vez que el juzgado hace una equivocada interpretación del párrafo transitorio 4° del acto legislativo 01 de 2005, ya que este hace 2 diferencia, y una es que el régimen de transición no se puede extender más allá del 31 de julio de 2010, excepto para las personas que a la entrada en vigencia de dicho acto, tengan cotizadas 750 semanas, y en el presente caso, la demandante tiene para el año 2006, fecha en que cumplió 55 años de edad, 543.57 semanas, y teniendo en cuenta que es beneficiaria del régimen de transición, se le debe aplicar el decreto 758 de 1990; por tal razón, se debe emitir una sentencia condenatoria para las demandadas.

- ✓ **PORVENIRS.A.:**

Presentó recurso de apelación de forma parcial en lo relacionado a declaratoria de ineficacia y a los conceptos trasladados de cuotas de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de

pensión mínima, ya que la prueba documental en cual se basan los argumento de la declaración de la ineficacia, frente aquellos documentos que acrediten una entrega de información por parte PORVENIR S.A., no era una obligación vigente para el traslado de la accionante, esta obligación surgió de la circular 016 del 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, y por tal razón no es cierto que el fondo privado se encuentre con una mejor posición probatoria. Que la obligación del buen consejo de la obligación de la doble asesoría e incluso la obligación de incentivar la desafiliación son obligaciones que surgen posteriormente a partir del año 2010 y 2014, y esto fue objeto de pronunciamiento de sentencias del año 2019 de la Corte Suprema de Justicia como lo fue la SL1688, SL1689 y SL3464, ya que estas obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos se pueden aplicar de forma retroactiva. Que sobre la condena consistente al trasladar los valores, debe ser consecuentemente revocada, ya que en el momento en que estuvo afiliada la actora a PORVENIR S.A., estos dinero se utilizaron para la generación de frutos y rendimientos, que se vieron reflejados de forma positiva en la cuenta individual de la afiliada, por lo que estos fueron invertidos para la generación de estos rendimientos y para el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte de los cuales disfrutó la afiliada durante todo el tiempo de afiliación, y además no se encuentran en el patrimonio del fondo privado, pues ya fueron invertidas. Y que se debe tener en cuenta que toda decisión judicial debe estar acorde del principio de sostenibilidad financiera del sistema.

- **ALEGATOS:**

- ✓ **COLPENSIONES:**

Manifestó en sus alegatos que no se debe acoger a la sentencia proferida, en cuanto a que se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, el cual está siendo afectado por la ineficacia declarada, como lo ha dicho la Corte Constitucional. Que, respecto a la carga de la prueba, se debe mirar esta conforme a la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, y no imponer obligaciones y soportes de información no previsto en la ley. Y en caso tal de que se decida confirmar la sentencia, se debe tener cuenta que COLPENSIONES, es un tercer ajeno al contrato celebrado entre la demandante y el fondo privado, por lo que no debe existir condena alguna

al respecto en contra de ella, debiendo PORVENIR S.A. entregar la totalidad de los valores cotizados, bonos pensiones, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto, con el reporte de los archivos planos idóneos ante ASOFONDOS para el respectivo cargue de las historias laborales.

✓ PORVENIR S.A.:

Presentó alegatos manifestando que se debe revocar la sentencia proferida en primera instancia, toda vez que la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley para la fecha de afiliación al RAIS. Que se cumplió con el deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Que la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo. Que la motivación de la parte demandante para trasladarse es de carácter económico, y de esta sola razón no puede predicarse engaño. Que se han hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero. Que la entrega de información física no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte actora. Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores. Que la parte accionante incumplió con el deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar. Que se deben revocar los valores a devolver, toda vez que los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Que los descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP. Y que no se debe condenar en costas procesales, ya que la entidad siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con los recursos interpuestos y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, serán: en primer lugar, *i)* se determinará si el acto jurídico de afiliación de la señora ARACELLY ACEVEDO MARÍN a PORVENIR S.A., fue válido, o si por el contrario es ineficaz; *ii)* consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por el fondo privado; posteriormente se analizará, *iii)* si la demandante es beneficiaria del régimen de transición y tiene derecho a que se le reliquide la pensión de vejez que actualmente ostenta en COLPENSIONES; *iv)* y la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

i. Acto jurídico de la afiliación y precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional:

Para comenzar, esta Sala pasará hacer un recuento breve de la jurisprudencia de esa alta Corporación de Justicia, que estructura el tema.

Advierte la Corte que el traslado de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Que es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta, que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios. Que el estatuto Financiero de la época en los artículos 97 y siguientes consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, lo siguientes:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) La información debe ser completa y comprensible. Y,
- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Si bien los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esa circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

Así las cosas, lo dicho anteriormente constituye sustento que permite deducir las siguientes reglas:

- (i) Las administradoras de pensiones tienen a su cargo la obligación de información de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- (ii) La información del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima, detallada y documentada acerca de la incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales, de modo que no basta con explicar solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos proyecte la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Y,
- (iii) La carga de la prueba de demostrar que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos:

- (i) Desde la fundación de las AFP.
- (ii) Desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010.
- (iii) Y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015. y en la circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.

La determinación a tomar, tiene como soporte en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2877, SL4811 de 2020, SL1217, SL782 de 2021; y SL445 de 2022.

En el **caso objeto de estudio**, sobre los pormenores que rodearon la afiliación de la actora, del interrogatorio de parte se desprende que su afiliación a PORVENIR fue hace varios años atrás sin recordar la fecha, y que inicialmente existió una reunión de 10 minutos, de manera grupal, y luego pasaron donde estaba laborando para firmar unos documentos. Que no se efectuaron más reuniones. Que estuvieron acompañados por los empleados de PORVENIR S.A. Que en esa reunión los asesores de PORENIR S.A. les avisaron que el Seguro Social se iba a acabar, que, por ende, ellos les brindaban la posibilidad de pasarse para ese fondo. Que no se le dio la posibilidad de realizar preguntas en esa reunión, ya que el tiempo era muy indispensable de las enfermeras atendiendo pacientes. Que la motivó a firmar el formulario de traslado al fondo privado, la razón de que el Seguro Social se fuera acabar. Que no existió oportunidad de leer el formulario, ya que ella al laborar como enfermera estaba atendiendo pacientes, y en la reunión solo le advirtieron que pasarían a firmar el

documento. Que no le informó que pasaría con el dinero que cotizó en Instituto de Seguros Sociales. Que, si sabía que se estaba trasladando de fondo de pensiones, ya que era la única forma de continuar con una jubilación, pues el Seguro Social se iba a terminar. Que el mismo Hospital les dijo que el Seguro Social continuaba, y por esta razón fue que se trasladó nuevamente. Y que la motivó a iniciar el presente proceso, la razón de que, estando jubilada por COLPENSIONES, se dio cuenta que la habían engañado porque el total de la jubilación no era lo que esperaba, y quería que la pensionaran por el régimen de transición.

En lo que respecta a la carga de la prueba, es importante hacer la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Así mismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PORVENIR S.A., toda vez, que pese a que se anexó el documento visible de folio 64 del expediente digitalizado, esto es, el formulario de afiliación, mismo que fue suscrito por la actora, el cual permite pensar en un principio que si existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que este documento no es prueba suficiente para determinar que efectivamente a la accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa pre-negocial, anterior a la materialización del consentimiento, consistía

en brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que, lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones que pretendía captar a la demandante como su afiliada cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que la demandante haya firmado el formulario de vinculación, donde se hace constar que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectúa de forma “libre, espontánea y sin presiones”, no implica que la actora conociera las consecuencias que implicaba el cambio de régimen pensional.

También es importante advertir, que, si bien la mayoría de los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esta circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

No puede pasar por alto esta Sala que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto, no produzca ningún efecto, por tal razón no es procedente analizar el caso de autos bajo lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en lo que tiene que ver con el traslado de régimen cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Con respecto a la información que se le debía brindar a la demandante para la fecha de traslado, en las providencias SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4426-2019, el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: primer periodo, desde la fundación de las AFP; segundo momento, desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; y tercer momento, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS de la actora fue el 2 de marzo de 2000, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el

cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Sobre dichas obligaciones de las administradoras de pensiones, es bastante categórica la sentencia SL-782 de 2021, en donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que: “...i) *la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.*”

Se tiene entonces que PORVENIR S.A, no cumplió con la carga de probar el haber realizado en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que es desde allí que la afiliación resulta ineficaz, generando como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, debiéndose en consecuencia **CONFIRMAR** la providencia de primera instancia, en tal sentido.

ii. Efectos de la ineficacia y conceptos a devolver por el fondo privado:

Ahora bien, con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR EL FONDO PRIVADO**, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que la AFP que dio lugar a ello traslade a COLPENSIONES: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los

rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

De igual forma, también debe sumarse que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante no se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Pues bien, conforme a las apelaciones y alegatos interpuestos, hay que anotar que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, en la que indicó que *“la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.”*

Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464 de 2019, señaló que *“La Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”*.

Así pues, es necesario dejar algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara

la ineficacia y en ese sentido esta Sala a partir del precedente jurisprudencial a identificado los siguientes conceptos:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM¹.
2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador².
3. Los **gastos de administración**³, concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a **Colpensiones**, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios⁴, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁵.

¹Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

²Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

³ Se debe realizar la devolución de estos conceptos indexados conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL-3871-2021, CSJ SL-4062-2021 y CSJ 4063-2021.

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados⁶.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁷.

Por lo anterior, **PORVENIR S.A.**, además de lo ordenado por la juez y ateniendo al principio de la sostenibilidad financiera del sistema, deberá también devolver lo correspondiente a la **prima de reaseguro de Fogafín** que, junto con las cuotas de administración y seguros previsionales, ya ordenados, deberán ser debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos, debiéndose en este aspecto **ADICIONAR** la sentencia, para en su lugar **ORDENARLE** a **PORVENIR S.A.**, incluir estos valores por entregar a COLPENSIONES.

iii. Reliquidación de la pensión de vejez.

Una vez resuelta la ineficacia del traslado, ha de precisarse que a la actora le fue reconocida por parte de COLPENSIONES, la pensión de vejez con base en la ley 797 de 2003, a través de la resolución **SUB 104292 del 19 de abril de 2018**⁸, a partir del 5 de diciembre de 2017, en cuantía de **\$1'814.402**, teniendo en cuenta un IBL de \$2'854.179, al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 63.57% por contar con 1.349 semanas; prestación económica que fue modificada a través de la resolución **SUB 150337 del 7 de junio de 2018**⁹, arrojando como mesada pensional el valor de **\$1'856.532**; por lo que se deberá verificar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición, para que le sea aplicable lo dispuesto en el decreto 758 de 1990 o

⁶En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

⁷Respecto de este particular se puede consultar la sentencia SL 2877-2020, providencia en la cual la Corte Suprema de Justicia encontró procedente la devolución de los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

⁸ Folios 28 a 37 del expediente digitalizado

⁹ Folios 38 a 47 del expediente digitalizado

la ley 71 de 1988, y que de esta forma, se reliquide la prestación económica ya reconocida.

Lo primero que cabe advertir, es que, la prueba recaudada da cuenta que la demandante es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, atendiendo a que, para el 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad, toda vez que nació el 25 de agosto de 1951¹⁰; en consecuencia, las reglas pensionales para el acceso a la pensión, serían las establecidas en el régimen anterior.

Conforme a lo anterior, debe señalarse que erró la juez de primera instancia, al indicar que la actora no es beneficiaria del régimen de transición al exigir cumplimiento de lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005, es decir, las 750 semanas al 25 de julio de 2005, toda vez que se hace innecesario el estudio de dicha norma, pues la actora cumplió la edad mínima para acceder a la pensión de vejez en el año 2006, fecha en la cual tenía reunidas **543,57** semanas cotizadas en los 20 años anteriores a su edad, es decir, del 25 de agosto de 1986 al mismo día y mes de 2006, siendo la norma clara en señalar que el acatamiento de las 750 semanas, se hace exigible solo para las personas que quieran extender el régimen de transición más allá del 31 de julio de 2010, el cual se les mantendrá el régimen de transición hasta el año 2014.

Del párrafo precedente debe explicar la Sala que, si bien en anteriores oportunidades en lo que respecta a la sumatoria de tiempos públicos y privados se venía aplicando lo establecido en la sentencia T-508 de 2017, en donde la sumatoria de tiempos solo era aplicable para garantizar el acceso a la pensión de vejez y no para reliquidar, es decir, incrementar la tasa de reemplazo, ante toda duda interpretativa la Corte Constitucional en la sentencia T-219-2021, señaló:

“Finalmente, en lo que respecta a la aparente distinción entre una situación de reconocimiento y otra de reliquidación, es necesario señalar que, además de que esa diferencia no tiene sustento en la línea jurisprudencial construida, resulta abiertamente violatoria de los principios de igualdad y de favorabilidad. En efecto, bajo esa distinción, la definición de una misma situación pensional conforme al artículo 53 superior se limitaría por un escenario formal en el que no incide la actividad del trabajador.”

¹⁰ Folio 27 del expediente digitalizado

Este criterio, fue reiterado en la sentencia SU-273-2022, en donde la Alta Corte Constitucional, resaltó la unanimidad que con su criterio guarda la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo muestra de esta particular la sentencia SL-2557-2020, en la que órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria indicó:

“... conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.”

Es claro para la Sala que conforme con el precedente jurisprudencial contenido entre otras en las sentencias T-090-2009, T-181-211, T-193-2013 y SU-769-2014, es posible la sumatoria de tiempos públicos sin cotización con aportes realizados al ISS hoy Colpensiones para efectos de aplicar el Decreto 758 de 1990, desarrollo acogido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia SL-1947 de 2020, en la que sustentó su nuevo criterio en que la Ley 100 de 1993 prevé diversos instrumentos de financiación de las pensiones, como: bonos, cálculos actuariales o cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna y dado que las pensiones de transición se causan en su vigencia, es procedente su computo sin distinción del origen; por lo tanto, esta Sala en reconocimiento de la fuerza vinculante del precedente acata el mismo, abandonando cualquier interpretación que en contrario sostuviera.

Así pues, a todas luces a la demandante le es aplicable el decreto 758 de 1990, en el cual el derecho a la pensión de vejez se causa una vez el afiliado, en este caso mujer, cumpla 55 o más años de edad y cuente con un mínimo de 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o que acredite un número de 1.000 semanas de cotización en cualquier tiempo.

Ahora bien, de las pruebas documentales que obran en el expediente, en especial las historias laborales de folios 65 a 78 y 180 a 193 del expediente digitalizado, y el formato para bono pensional expedido por el Hospital Mental de Antioquia y el Municipio de Medellín, de folios 79 a 84, esta Sala encuentra que la demandante logró cotizar en toda su vida laboral **1.352,86**

semanas hasta el día 04 de diciembre de 2017, fecha en la que se notificó la novedad de retiro.

Una vez, liquidado nuevamente el IBL, siendo el más favorable el promedio de los últimos 10 años, el cual arrojó un valor de \$2'853.956,48, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 90% por ser beneficiaria del régimen de transición en aplicación del decreto 758 de 1990, dio una mesada pensional para el año 2017 por valor de **\$2'568.561**, contrario a lo señalado por COLPENSIONES, el cual otorgó un valor de \$1'856.532.

Así las cosas, una vez efectuado el cálculo del retroactivo del reajuste adeudado entre el 5 de diciembre de 2017 (fecha de reconocido de la pensión de vejez) al 30 de noviembre de 2022, COLPENSIONES adeuda la suma de **\$55'892.946**. Y a partir de diciembre de 2022, la mesada pensional que deberá seguir recibiendo la demandante es del valor de **\$3'073.084**.

| REAJUSTE PENSIONAL | | | | | |
|--------------------|------------------|--------------|--------------------|-----------|-------------------|
| Año | Valor reconocido | Valor real | Diferencia mensual | # mesadas | Total retroactivo |
| 2017 | \$ 1.856.532 | \$ 2.568.561 | \$ 712.029 | 1,87 | \$ 1.331.494 |
| 2018 | \$ 1.932.464 | \$ 2.673.615 | \$ 741.151 | 14 | \$ 10.376.114 |
| 2019 | \$ 1.993.917 | \$ 2.758.636 | \$ 764.720 | 14 | \$ 10.706.074 |
| 2020 | \$ 2.069.685 | \$ 2.863.464 | \$ 793.779 | 14 | \$ 11.112.905 |
| 2021 | \$ 2.103.007 | \$ 2.909.566 | \$ 806.559 | 14 | \$ 11.291.823 |
| 2022 | \$ 2.221.196 | \$ 3.073.084 | \$ 851.887 | 13 | \$ 11.074.536 |
| | | | | TOTAL | \$ 55.892.946 |

Debiendo en este sentido **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.

En lo que tiene que ver con la **prescripción** del reajuste pensional, dicho medio exceptivo no puede salir avante, pues la actora interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, dando respuesta COLPENSIONES a las mismas, a través de los actos administrativos SUB 150337 del 7 de junio de 2018 y DIR 11254 del 15 de junio de 2018, respectivamente, por lo que la demandante tenía hasta el mismo día y mes de 2021, para acudir a la justicia ordinaria, interponiendo la demanda el 11 de junio de 2019, por lo que no se encuentra prescrito ningún concepto.

Por otro lado, cabe recordar que, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 143 de la ley 100 de 1993, la cotización para salud de los pensionados, quienes son afiliados obligatorios a este sistema en el régimen

contributivo, se encuentra en su totalidad a cargo de aquéllos. Y es por ello, que el pensionado está en la obligación de realizar los aportes a salud desde el momento mismo en que ostenta el estatus de pensionado, siendo esta una disposición inherente al otorgamiento de la pensión y legalmente obligatoria, tal y como lo ha advertido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL-1981 de 2021, SL2609-2021 y SL1784-2022.

Por tal razón, se **AUTORIZARÁ** a **COLPENSIONES**, a realizar los respectivos descuentos en salud sobre las mesadas pensionales ordinarias reconocidas.

En lo que respecta a la indexación, la misma solo procede sobre la diferencia pensional de las mesadas reconocidas a partir del 5 de diciembre de 2017, toda vez que es indudable la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano, pues cuando un pago no se hace en la fecha de su exigibilidad el mismo comienza a depreciarse y la indexación o revaluación judicial es el mecanismo apropiado para combatir ese defecto. En virtud de lo anterior, se **CONDENARÁ** al reconocimiento de la indexación, en el sentido de ordenar a la entidad demandada a indexar todas las sumas adeudadas por concepto de reajuste de la pensión de vejez, tomando para ello el valor del IPC certificado por el DANE, entre la causación de cada mesada y hasta el momento efectivo del pago.

iv. Excepción de prescripción de la acción.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 2021, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar; debiéndose dejar claro, en cuanto a los conceptos a devolver por el fondo privado, por tratarse de sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, en consecuencia, ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos

a prescripción, tal y como lo señala la sentencia SL-1473 de 2021 de la Alta Corte.

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas.

Así las cosas, se **ADICIONARÁ, REVOCARÁ y CONFIRMARÁ** la sentencia revisada en apelación y en grado jurisdiccional de consulta.

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo la juez. Las costas de la segunda instancia son a cargo de PORVENIR S.A, por no salir adelante el recurso de apelación. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1.000.000.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la declaración de la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y se le **ORDENA** a **PORVENIR S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ordenado por la juez, la **prima de reaseguro de Fogafín**, conceptos que, junto a las cuotas de administración y los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, serán debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: Se **REVOCA** la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la reliquidación de pensión de vejez bajo el régimen de transición en aplicación del decreto 758 de 1990, y en su lugar se **CONDENA** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la demandante, el retroactivo del reajuste adeudado entre el 5 de diciembre de 2017 y el 30 de noviembre de

2022, por la suma de **\$55'892.946**. A partir de diciembre de 2022, **COLPENSIONES** seguirá reconociendo a la actora una mesada pensional por valor de **\$3'073.084**, tanto en las mesadas ordinarias, como en la adicional de junio y diciembre, con los incrementos anuales aprobados por el Gobierno Nacional.

CUARTO: Se **AUTORIZA** a **COLPENSIONES** a realizar los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales ordinarias de que trata el numeral anterior.

QUINTO: Se **CONDENA** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la indexación de la diferencia adeudada a partir del 5 de diciembre de 2017, por concepto de reajuste de la pensión de vejez, tomando para ello el valor del IPC certificado por el DANE, entre la causación de cada mesada y hasta el momento efectivo del pago.

SEXTO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia.

SÉPTIMO: Costas procesales y agencias en derecho, como se dejó dicho en la parte motiva de esta sentencia

Se notifica lo resuelto por **EDICTO**. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|---------------------------------------|
| PROCESO | Ordinario |
| DEMANDANTE | Aracelly Acevedo Marín |
| DEMANDADO | Colpensiones y Porvenir S.A. |
| RADICADO | 05-001-31-05-012-2019-00361 |
| DECISIÓN | Adiciona, revoca y confirma sentencia |
| MAGISTRADO PONENTE | Guillermo Cardona Martínez |

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/131> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 28 de noviembre de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 28 de noviembre de 2022 a la 5:00pm

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO