

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	María Eugenia Restrepo Tejada
DEMANDADO	AFP Porvenir S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 006 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 006 2018 00653 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 270 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado pensionada en RPM
DECISIÓN	Revoca, modifica y confirma

Hoy, **siete (07) de diciembre de dos mil veintidós (2022)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente a los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la **demandante** y de la **AFP Porvenir S.A.**, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **María Eugenia Restrepo Tejada**, contra esa entidad y **Colpensiones**, código de radicado único nacional 05001 3105 **006 2018 00653** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado mediante acta N°. **37**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Pide la demandante se declare que el traslado que hizo del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., fue ineficaz, por haber incurrido BBVA Horizonte – Hoy Porvenir, en violación al deber objetivo de información, en detrimento de sus intereses; y en consecuencia, que le asiste derecho a disfrutar del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y a obtener pensión de vejez bajo los parámetros de los artículos 12 y 20 del Decreto 758 de 1990. Solicita condenar a **Colpensiones** o a la **AFP Porvenir S.A.**, a reconocerle el reajuste pensional del 90% según el IBL obtenido en Resolución GNR 283788 del 16 de septiembre de 2015, retroactivamente, dese el **01 de mayo de 2015**, incluyendo las mesadas adicionales a que haya lugar; **condenar a Porvenir S.A. o subsidiariamente a Colpensiones**, al pago de intereses moratorios sobre las sumas resultantes, o indexación. Pide también costas y agencias en derecho.

En sustento de ello afirma que, **se afilió al ISS hoy Colpensiones el 27 de octubre de 1986**; nació el **01 de abril de 1956**; mientras desempeñaba sus funciones, se acercó a su sitio de trabajo un asesor de BBVA HORIZONTE hoy Porvenir, manifestándole insistentemente a ella y su grupo de compañeros, que se trasladaran a dicho fondo por ser mucho mejor que el ISS, que además se iba a acabar y en la AFP la plata no se perdía, teniendo posibilidad de una mayor mesada, movilidad que se hizo efectiva el **01 de mayo de 2000**. Que en ningún momento le hablaron de las desventajas del cambio ni le hicieron proyecciones de mesadas, y tampoco le explicaron que perdería automáticamente los derechos del régimen de transición, pues de haber permanecido en el RPM se hubiere pensionado según lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, al contar con más de 750 al 29 de julio de 2005, y acreditar un total de 1.303 en toda la vida laboral. Mediante acción de tutela logró su retorno al ISS hoy Colpensiones a partir del 1º de julio de 2009. El 20 de abril de 2015 solicitó

pensión de vejez, concedida en la Resolución **GNR 283788 del 16 de septiembre del mismo año**, bajo los preceptos de la Ley 797 de 2003, con un IBL de \$3.122.817, tasa de reemplazo del **63,08%**, para un valor de **mesada de \$1.969.873**, a partir del **1º de mayo de 2015**. Que mediante derechos de petición, solicito a las accionadas la ineficacia del traslado de régimen, con el fin de obtener la aplicación de tasa de reemplazo del 90%.

Subsanados los defectos advertidos por el Juzgado de conocimiento, en **auto del 19 de febrero de 2019**, se admitió y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente notificadas las entidades vinculadas por pasiva, solo se allegó escrito de contestación oportuna por **Colpensiones**, aceptando la fecha de afiliación de la demandante al RPM, la fecha de nacimiento, la pérdida del régimen de transición por realizar válidamente traslado al RAIS, el otorgamiento de pensión de vejez con acto administrativo del 16 de septiembre de 2015, la radicación de solicitud de ineficacia de traslado, expidiendo respuesta en la que se exigieron documentos. Manifestó **oposición** a las pretensiones y formuló **las excepciones, previa** de falta de agotamiento de vía gubernativa, la que fue desestimada en la etapa procesal correspondiente, al manifestarse en la misma argumentación que si se dio la reclamación administrativa; y de **fondo**, las de inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales, imposibilidad de aplicar precedente judicial y la inversión de la carga de la prueba, buena fe de Colpensiones, prescripción, innominada, compensación, imposibilidad de condena en costas.

Frente a **Porvenir S.A.** se tuvo **por no contestada la demanda**, en auto del **08 de octubre de 2021**.

La primera instancia **terminó con sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito**, el 26 de octubre del año en curso, denegando la declaración de ineficacia del acto de afiliación a un fondo privado y con ello el traslado del RPM al RAIS, solicitado por la demandante; declaró responsable a la AFP Provenir S.A. de haber causado perjuicio a la señora María Eugenia Restrepo Tejada, al omitirle información sobre el régimen de transición del que era beneficiaria y que lo perdería con su movilidad al RAIS, a través de ese fondo privado. **Condenó a la AFP Porvenir S.A.,** a resarcir el perjuicio sufrido por la demandante al perder el régimen de transición pensional con el traslado al RAIS, pagándole la diferencia resultante entre la mesada pensional reconocida por Colpensiones, liquidada con el 63,08% de su IBL y la que habría recibido con el 90% del IBL de no haber perdido el régimen de transición, ascendiendo las diferencias causadas entre el 01 de mayo de 2015 y el 30 de septiembre de 2022 a la suma de **\$95.624.643**, y a continuar pagando la diferencia mensual resultante entre el **01/10/2022 y la fecha en que quede en firme la sentencia.** Ordenó a Colpensiones, que a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, *reconozca y continúe pagando a la señora Restrepo Tejada la pensión de vejez en valor correspondiente al 90% del IBL establecido en Resolución GNR-283788 del 16/09/15, y conforme a la actualización al año en que inicie el pago en el monto que se le ordena. Y procederá de inmediato en cada periodo de pago de la pensión en la forma ordenada, a facturar o cobrar contra la AFP Porvenir S.A., el mayor valor que pague a la señora Restrepo Tejada, por reajuste de la mesada al 90% del IBL, estableciéndole fecha de pago dentro del respectivo periodo de pago efectivo de Colpensiones a la pensionada, y los intereses de mora en caso de retardo de la AFP Porvenir; so pena de la responsabilidad penal, fiscal y disciplinaria del funcionario o funcionarios correspondientes por el detrimento de los recursos del RPM por no cobro oportuno y cabal de la obligación a cargo de la citada AFP. Para los efectos esta sentencia constituye mérito ejecutivo a favor de Colpensiones y en contra de la AFP Porvenir S.A.* Absolvió a Porvenir de la pretensión de pago de intereses moratorios, ordenando en subsidio la indexación de cada valor resultante como diferencia generada desde que

Colpensiones comenzó a pagar la pensión y de los reajustes subsiguientes, hasta la fecha de pago. Las excepciones quedaron resultas. Las costas a cargo de la AFP Porvenir S.A., agencias en derecho \$4.000.000.

Argumentó la falladora que al ser la demandante beneficiaria del régimen de transición por edad, logrando su retorno al RPMPD a través de acción de tutela, y otorgándosele pensión bajo el régimen general, quien debe responder por la pérdida del beneficio transicional es la AFP Porvenir S.A. y no Colpensiones, razón por la que impartió las ordenes ya transcritas.

Se interpuso oportunamente **recurso de apelación** por los apoderados de:

La demandante, aunque de acuerdo con la decisión, recurre para proteger los posibles derechos de la actora, teniendo en cuenta que no se declaró la ineficacia del traslado, porque si bien económicamente se condena a lo pretendido, siendo Porvenir quien responde por los perjuicios con tasa del 90%, la sentencia va en contravía con innumerables dictadas por Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y por el Tribunal Superior de Medellín, entonces impugna la no declaración de ineficacia, pues quien tenía la carga de ello, no logró probar la debida asesoría, de manera cierta, verídica y contundente, pues se dio por no contestada la demanda y a través de los oficios no se anexó carpeta contentiva de la asesoría que debió recibir la señora Restrepo Tejada, aunado a su interrogatorio de parte, en que manifestó solo acceso a asesoría grupal, pero no personalizada, teniendo en cuenta sus condiciones particulares, como semanas, salario, régimen de transición, consecuencias que acarrearía perderlo, por lo que estima necesario declarar la ineficacia. Lo demás es consideración del Tribunal mantener el reajuste a cargo de Porvenir, manifestando que está de acuerdo con la juez, pues siempre ha pensado

que la sanción que debe recibir Porvenir por su mal actuar, no se compensa con la simple devolución de los aportes que haga a Colpensiones, deben las AFP responder económicamente con su propio peculio y patrimonio para que realmente haya un incentivo a cambiar su teoría, y la manera en que reclutan los afiliado; sin embargo, será decisión de esta instancia si se mantiene esta carga en cabeza de Porvenir o se traslada a Colpensiones, siempre y cuando la demandante reciba por una u otra entidad el 90% del IBL reconocido en la resolución que le otorgó la pensión por vejez.

Porvenir S.A., se aparta totalmente de lo decidido, porque la juez interpreta de manera errónea los beneficios propios del régimen de transición, pues como consta en el Acto Legislativo 01 de 2005, para que sea aplicado deben acreditarse 15 años o 750 semanas a la entrada en vigencia del sistema, lo que no cumple la actora, siendo claro que no le asiste este beneficio y por ello la pensión no debe ajustarse al 90% del IBL.

También se condena al pago de resarcimiento de perjuicios por mesadas pensionales e indexación de las recibidas, lo que va en contravía del principio de sostenibilidad fiscal, porque si bien es cierto ambos regímenes persiguen el mismo fin, dar estabilidad al afiliado cuando se cumplen ciertos requisitos, no se pueden trasladar cargas al ser excluyentes, debido a la forma como administran los aportes y reconocen prestaciones económicas. Además la demandante suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, tuvo la oportunidad de recibir charla donde le manifestaron las características propias de cada régimen, para que tomara una decisión consciente, desconociendo las circunstancias en que se dio su movilidad, pues como se narra en los hechos de la demanda e interrogatorio, no se menciona el fondo privado al que verdaderamente se trasladó, se afirma Horizonte, pero en la prueba oficiosa allegada la vinculación fue a Colpatria, por lo que no puede pretenderse que no se le haya informado sobre el derecho de retracto, o a que se le ilustrara frente

al régimen de transición, pues como es de claro la exigencia de los fondos privados de la entrega de información surgió a través de la Circular 016 de la Superintendencia Financiera, por lo que para el año 2000 no le era exigible a la AFP guardar soporte documental, sumado al interrogatorio, en el que la demandante dice no recordar muchas cosas, incluido el fondo al que se vinculó, sin que sea viable que Porvenir pague unos perjuicios en atención a la pérdida del régimen de transición, al trasladarse de manera libre y voluntaria, de lo que era consciente, además del pago de mesadas pensionales canceladas de manera oportuna por Colpensiones, pues en el año 2015 solicitó la prestación económica por vejez, la que le fue otorgada, por lo que alegar falta al deber de información en el año 2000 no tendría sentido, al gozar estatus de pensada. Insiste en la improcedencia de los perjuicios ordenados.

De la etapa de **alegaciones ante esta instancia** hizo uso el apoderado judicial de la **AFP Porvenir S.A.**, solicitando la revocatoria total de la decisión, pues la a quo no declaró la ineficacia de traslado de régimen petitionada por la demandante por encontrarse disfrutando pensión de vejez reconocida por Colpensiones, lo que no resulta ajustado a los supuestos fácticos, normativos y jurisprudenciales, explicando que para el caso concreto se rompe o quiebra el nexo causal para imputar el resultado dañino a la AFP, pues sin importar en qué etapa se encuentren, las obligaciones de las administradoras privadas y de Colpensiones son de medio y no de resultado, por lo que no es posible indicarle al afiliado con exactitud el monto de su eventual prestación económica, y en el caso de existir diferencias en el valor entre ambos regímenes, esta circunstancia por sí sola no constituye un lucro cesante o un supuesto daño, por lo que no resulta admisible calificar como daño la diferencia en los montos pensionales, al no ser posible equiparar la mesada en uno y otro régimen,

hace énfasis en los supuestos de la responsabilidad, reiterando que para el caso no se configuran.

En cuanto al perjuicio como consecuencia del daño, la carga de la prueba es un elemento característico, debiéndose acreditar por quien lo reclama, pues para sea reparable, el mismo debe ser **cierto, directo y previsto**, y para el caso la demandante alega incumplimiento del deber de información y pide condena en perjuicios, sin que sea aplicable en esta hipótesis la carga dinámica de la prueba, debiéndose acatar las reglas generales.

Por último, en cuanto a la condena en costas, afirma que la AFP siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época el traslado entre el RPM y el RAIS, buscando siempre el beneficio de la demandante, por lo que tal condena resulta improcedente ante la ausencia de mala fe de la administradora.

La **apoderada de Colpensiones**, cita inicialmente los literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 frente a la selección de régimen pensional, para precisar que si bien existe una sólida línea jurisprudencial respecto a la procedencia de la declaratoria de ineficacia, lo cierto es que para el caso concreto no se encuentra probada la falta de información alegada, sin que pueda retornar la actora al RPM, ni la diferencia de la mesada en uno y otro régimen pueda ser sustento de una falta al deber de información, correspondiendo a cada parte, de acuerdo con el artículo 167 del CGP, la carga de probar los supuestos de hecho que exhibe como sustento de sus pretensiones, cita aparte de la sentencia T 122 de 2017, y frente a la libre selección de régimen trae párrafos de la sentencia C 1024 de 2004, rogando confirmar la sentencia de primera instancia.

No obstante, y de considerar la Sala que es procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado, solicito a la honorable Magistrada, ordene a la AFP; a trasladar a

COLPENSIONES a más de lo condenado en la primera instancia, el valor del descuento al fondo de pensión de garantía mínima, cuotas de seguro previsional y todos los gastos de administración, así mismo, que dichos rubros sean indexados.

Ello si se tiene que en sentencia hito que sirve de base para la declaratoria de ineficacia de traslado SL 81989 de 2008 se ordenó a los fondos de pensiones privados incluso con cargo a su propio patrimonio la devolución de la totalidad de la cotización, todo el avance jurisprudencial de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia en las que se encuentran la sentencia SU 062 de 2010, SU-130 de 2014 y de la Corte Suprema de Justicia de las más recientes SL 4989 de 2018 y SL 1688 de 2019, han sido vehementes en ordenar a los fondos privados el traslado de la totalidad de los aportes sin descuento alguno, todo en razón al artículo 48 constitucional precisamente porque las personas que se trasladan del régimen de ahorro individual al RPM administrado por COLPENSIONES, están aportas de pensionarse y es la entidad que represento quien debe mantener el equilibrio de sostenibilidad financiera y solo financiar aquellas prestaciones económicas con base a las cotizaciones que efectivamente fueron realizadas.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones:

Teniendo en cuenta los argumentos de los recursos interpuestos, lo planteado en el escrito de demanda, lo debatido en el trámite procesal y el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones, **el problema jurídico** en esta instancia, se circunscribe a establecer, si en el caso se cumplen los presupuestos de ley y las subreglas de la jurisprudencia especializada, para la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de del RPMPD al RAIS a través de la AFP Colpatria S.A., efectuado por la demandante el 29 de febrero de 2000, hoy Porvenir S.A., **a pesar de haber retornado al RPM vía tutela, el 02 de marzo de 2011, radicando el 20 de abril de 2015, solicitud de reconocimiento y pago de pensión de vejez, otorgada con Resolución GNR 283788** del 23 de septiembre del mismo año, considerándose para el efecto un total de **9.125 días, equivalentes a 1.303 semanas**, ultimo aporte **30 de abril de 2015**, obteniéndose un IBL de **\$3.122.817**, al que se le aplicó tasa de reemplazo del **63,08%**,

para una mesada inicial de \$1.969.873,00, con disfrute a partir del 1º de mayo de 2015.

Pues bien, se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y a partir del año 2014 sentencia SL12136-2014, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994, y Ley 795 de 2003, entre otras disposiciones; posteriormente agregándose la asesoría o buen consejo Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, sin que para su exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su derecho pensional, **y sin que de la suscripción del formulario se infiera su cumplimiento y tampoco se convalide por el transcurso del tiempo, por la movilidad entre administradoras del RAIS o por los actos de relacionamiento**, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las AFP la obligación de acreditarla, la que por demás se juzga al momento del acto inicial, ello por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL 5462-2019, SL5533-2019,

SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020, SL081-2021, SL145-2021, SL1055-2022, 1651-2022, 1729-2022 y 2173-2022), tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL, 18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020, rad. 58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124, STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

Y la Corte Constitucional en sentencia T-191 de 2020 enseña:

88. La libertad de elección presupone conocimiento¹ de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias que implica la elección². Este conocimiento, a su vez, se rige por el principio de la información, el cual vincula al empleador al momento de enganchar al trabajador³, así como a la administradora de fondos de pensiones, al momento de afiliarse o trasladarse.

*89. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha derivado este principio del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha indicado que **las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar asesoría seria y concreta, conforme con un análisis o estudio previo de la posición, la condición y la situación fáctica del afiliado⁴. Esta información tiene como finalidad permitirle a los afiliados o usuarios del sistema pensional a adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional⁵, así como las ventajas y desventajas de la elección⁶.***

90. El principio de información se concreta, a su vez, en las siguientes obligaciones: a) se debe suministrar información y asesoría a través de un lenguaje claro, simple y comprensible, y; b) debe darse a conocer toda la verdad objetiva –y comparada– de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro. Negrillas y subrayas intencionales.

¹ C. Sup. Jus., SL 1688-2019, p. 16.

² C. Sup. Jus., SL 1688-2019, p. 16.

³ C. Sup. Jus., SL 19447-2019, p. 18.

⁴ C. Sup. Jus., SL 2817-2019, p. 17.

⁵ C. Sup. Jus., SL 1688-2019.

⁶ C. Sup. Jus., SL 2817-2019, p. 17.

⁷ C. Sup. Jus., SL 1688-2019, p. 18: "Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a los usuarios la información necesaria para lograr la transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".

Brillando por su ausencia prueba de la **asesoría** entregada por la AFP a la actora al momento de su traslado de régimen, pues como se expone por la línea mayoritaria de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema y por la Corte Constitucional, **la misma está a cargo de los fondo de pensiones, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, y no del afiliado** por cuanto: *i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional; ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»; iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»; iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones». De ahí que, como se dijo, en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, la AFP demandada debía «[...] proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», dando a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», siendo también de la administradora la carga probatoria sobre el particular, en los términos de los artículos 1604 del Código Civil y 167 del C. G. del P., este último en concordancia con la sentencia C – 086 de 2016, que en el acápite 7.4 prevé:*

En lo concerniente a la configuración de la carga dinámica de la prueba debe decirse que atiende su inspiración teórica, fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio "quien alega debe probar" cede su lugar al principio "quien puede debe probar". Su ejercicio por parte del juez es, en consecuencia, manifestación de una competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho.

En la regulación aprobada por el Legislador este decidió -también de manera deliberada y consciente- no fijar un catálogo cerrado de episodios en las cuales puede tener cabida la carga dinámica de la prueba. Por el contrario, dejó abierta

esa posibilidad al juez, "según las particularidades del caso", para lo cual mencionó solo algunas hipótesis: (i) la posesión de la prueba en una de las partes, (ii) la existencia de circunstancias técnicas especiales, (iii) la previa y directa intervención en los hechos, (iv) el estado de indefensión o de incapacidad de una de las partes, "entre otras circunstancias similares".

Los eventos mencionados recogen en buena medida las reglas trazadas por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la propia Corte Constitucional. Sin embargo, el Legislador facultó a los jueces para evaluar las circunstancias de cada caso y definir si se dan o no los supuestos genéricos para recurrir en ciertos casos a la carga dinámica de la prueba. Esta decisión resulta comprensible y completamente válida, no solo ante la dificultad para anticiparse a nuevas situaciones en una sociedad que presenta vertiginosos cambios –algunos tal vez inimaginables–, sino porque son los contornos de cada situación los que permiten evaluar si la igualdad entre las partes se ha visto o no comprometida y se requiere de la "longa manus" del juez para restablecerla.

Estando definido por la Sala de Casación Laboral, que la ineficacia del acto de afiliación o traslado se caracteriza porque desde su nacimiento carece de efectos jurídicos, siendo las consecuencias idénticas a las de la nulidad, sentencia SL1688-2019, esto es, vuelta al estado anterior, agregando 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 (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL1689-2019, CSJSL3464-2019, CSJSL4360-2019 entre otras).

Tesis aplicada por esta Sala de decisión en asuntos cuyos hechos guardan analogía estrecha con el que se estudia en esta ocasión, entre otras, en sentencias proferidas en proceso con radicación 05001 3105 **012 2016 00897** 01, 05001 3105 **015 217 00129** 01, y 05001 3105 **016 201600952** 01, en los que a pesar de estarse ante pensionados del RPM se declaró la ineficacia de la movilidad al RAIS, en aras de la recuperación del régimen de transición y la aplicación al IBL de tasa de reemplazo en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto

758 del mismo año, posición respaldada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL2929 del 18 de mayo de 2022, en la que explicó:**

Puesto que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Esto quiere decir que «si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones» (CSJ SL3464-2019).

La tesis de la ineficacia del acto de traslado ha sido el fundamento para ordenar en numerosas ocasiones a las AFP no solo la devolución a Colpensiones de los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual de los afiliados, sino también de los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Esto bajo el argumento lógico de que, si la ineficacia supone que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ha de entenderse que «esos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones» (CSJ SL3464-2019).

Las consecuencias de la declaratoria de ineficacia no se agotan en la necesidad práctica de ordenar la devolución del monto de las cotizaciones, preservando su integridad; también respecto de los beneficiarios del régimen de transición implica la conservación de su titularidad bajo la ficción que nunca se trasladaron al RAIS.

Ahora, es criterio estable y pacífico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación que los afiliados que se trasladen al RAIS pierden el régimen de transición, a menos que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones tuvieran 15 años o más de servicios laborados o cotizados. Esta categoría de afiliados puede trasladarse en cualquier tiempo al RPMPD, conservando los beneficios del régimen de transición, situación muy distinta de la de quienes sean titulares de la transición exclusivamente por edad, pues estos afiliados, así retornen nuevamente al RPMPD en las oportunidades de ley, no pueden recuperar las prerrogativas de la transición pensional prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (CC C-789/2002, SU-130-2013, CSJ SL, 31 ene. 2007, rad. 27465, CSJ SL, 10 ago. 2010, rad. 37174, CSJ SL, 23 oct. 2012 y CSJ SL563-2013).

Precisamente en este asunto Colpensiones se negó a reconocerle a la demandante la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, bajo el argumento de que, si bien era titular del régimen de transición por edad y retornó al RPMPD en virtud de una orden de tutela, solo podían recuperar los beneficios del régimen de transición quienes a 1º de abril de 1994 tuvieran 15 años o más de servicios cotizados; situación en la que aquella no se encontraba.

*Sin embargo, en la medida que la ineficacia del cambio de régimen pensional implica que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ello significa a su vez que el traslado realizado hacia el RAIS no tiene relevancia jurídica, pues ha de entenderse que nunca ocurrió. **En otros términos, el supuesto de hecho de los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme a los cuales quienes se trasladen voluntariamente al RAIS, a menos que tengan 15 años o más de servicios cotizados, pierden el régimen de transición (C-789-2002), no se configura cuando se declara la ineficacia del traslado, pues al amparo de esta figura ha de darse por sentado que las repercusiones jurídicas que se esperaban con la suscripción del traslado jamás ocurrieron, o lo que es igual, que el afiliado jamás se trasladó al RAIS.***

...

Esta Sala en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en decisiones CSJ: SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019, señaló que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo», sin importar si el afiliado «tiene o no un derecho consolidado, tiene o no un beneficio transicional, o está próximo o no a pensionarse». Por esta razón, el tener causado un derecho pensional no es, en principio, un impedimento para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional.

Ahora, la jurisprudencia de la Corporación solo en el caso de los pensionados del RAIS ha defendido el criterio que no es posible darle efectos prácticos a la declaratoria de ineficacia -vuelta al statu quo ante-, teniendo en cuenta que la calidad de pensionado en este régimen pensional da lugar a una situación jurídica consolidada o un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar «a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto» (CSJ SL373-2021).

Sin embargo, esta regla no puede extenderse a los pensionados del RPMPD, pues estos se encuentran en una situación completamente distinta, al punto que el restablecimiento de sus derechos no apareja las complejidades y tensiones propias de los pensionados del RAIS.

Para el caso particular, debe además tenerse en cuenta que el artículo 230 de la Carta Superior dispone:

Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Y el artículo 7º del C.G. del P., aplicable por remisión al procedimiento laboral, indica:

Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, está obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, de la misma manera procederán cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.

Declarándose exequible el inciso segundo de esta disposición en sentencia C – 621 de 2015, en la que se dice sobre la doctrina dictada por las altas Cortes:

Como bien lo ha sostenido la Corte, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y a Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial.

Providencia en la que además se fijan las condiciones que debe cumplir la carga argumentativa para apartarse del precedente del tribunal de cierre, así:

Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de

cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga.

Aspecto este último también ilustrado por la jurisprudencia especializada en sentencia de tutela en que se analiza el tema de la ineficacia de traslado de régimen, con radicación 59370 del 6 de mayo de 2020, indicando que:

El respeto al precedente judicial de los máximos tribunales de cierre guarda una estrecha relación con el derecho a la igualdad, en tanto garantía constitucional que le permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes. Paralelamente, el respeto de los jueces a los precedentes sentados por las Altas Cortes tiene un carácter ordenador y unificador, en tanto asegura una mayor coherencia del sistema jurídico, seguridad, confianza y certeza del derecho.

Por lo que es posible a los jueces de inferior jerarquía apartarse del mismo con una argumentación que cumpla los requisitos de suficiencia y transparencia, concluyéndose:

Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria deben seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción.

Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes.

Luego, existiendo para el caso a estudio línea reiterada y mayoritaria desde el año 2008, acogida por esta instancia como un argumento de autoridad, guardando los asuntos analizados analogía estrecha con el que es objeto de estudio, en aras de la garantía a los derechos a la igualdad y seguridad

jurídica, **lo procedente ante el incumplimiento de la obligación de diligencia debida**, (pues como se afirma en el escrito de demanda, y queda evidenciado en el plenario, la AFP Porvenir S.A. faltó a su obligación de dar información veraz, oportuna y suficiente a la señora María Eugenia Restrepo Tejada, y de verificar sus condiciones particulares lo largo de la afiliación al RAIS), **es la declaratoria de ineficacia de tal acto, tal como expresamente se solicita en el escrito de demanda, quedando la actora inmersa en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones sin solución de continuidad**, lo que implica que **recupera los beneficios del régimen de transición**.

La AFP Porvenir S.A., debe devolver a COLPENSIONES la totalidad del porcentaje descontado por gastos de administración durante la vigencia de la afiliación a esa entidad, a Colpatria S.A. y a Horizonte S.A., **lo que comprende tal concepto, al igual que los valores aplicados a seguros previsionales y garantía de pensión mínima** (ver entre otras sentencias SL1688, SL1689 de 2019 y SL2877-2020), conceptos que deberán indexarse al momento de la entrega a Colpensiones (**ver entre otras, sentencias SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803, SL 4806 de 2021, SL755-2022, SL756-2022, SL1019-2022 y SL1055-2022**), restitución que debe cumplirse dentro de los **30 días** siguientes a la ejecutoria de esta decisión.

Frente al reajuste de la mesada, tal como se explica por la Sala de Casación Laboral (sentencia SL2929- 2022), ***comoquiera que la declaración de ineficacia se traduce en la privación de efectos del acto de traslado y en el entendimiento de que la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD, cabe colegir que la actora nunca se desprendió de los beneficios del régimen de***

transición, al cual tenía derecho por tener más de 35 años de edad a 1º de abril de 1994.

En consecuencia, a la demandante le asiste el derecho al reajuste de su pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable en virtud del régimen de transición del que gozaba por edad y que recupera con ocasión de la declaratoria de la ineficacia de movilidad entre regímenes, a partir del **1º de mayo de 2015**, día desde el que disfruta la mesada otorgada por Colpensiones, aplicándose al IBL establecido en Resolución GNR 283788 del 16 de septiembre de 2015, **esto es \$3.122.817,00**, tasa de **reemplazo del 90%**, para un valor inicial de **\$2.810.535,00**, con una diferencia mensual en el 2015 de **\$840.662,00**, adeudándose por reajustes causados entre el 1º de mayo de 2015 y el 30 de octubre de 2022, las siguientes sumas:

Año	IPC	Valor mesada Ley 797	Valor mesada Acdo. 049	Diferencia	Nro. De mesadas	Total adeudado año por año
2015	6,77%	\$ 1.969.873	\$ 2.810.535	\$ 840.662	9	\$ 7.565.958
2016	5,75%	\$ 2.103.233	\$ 3.000.808	\$ 897.575	13	\$ 11.668.475
2017	4,09%	\$ 2.224.169	\$ 3.173.355	\$ 949.186	13	\$ 12.339.418
2018	3,18%	\$ 2.315.138	\$ 3.303.145	\$ 988.007	13	\$ 12.844.091
2019	3,80%	\$ 2.388.759	\$ 3.408.185	\$ 1.019.426	13	\$ 13.252.538
2020	1,61%	\$ 2.479.532	\$ 3.537.696	\$ 1.058.164	13	\$ 13.756.132
2021	5,62%	\$ 2.519.453	\$ 3.594.653	\$ 1.075.200	13	\$ 13.977.613
2022		\$ 2.661.046	\$ 3.796.672	\$ 1.135.627	10	\$ 11.356.270
					TOTAL	\$ 96.760.495

Valores que deberán actualizarse mediante el mecanismo de la indexación, atendiendo su causación periódica, y sobre los correspondientes a mesadas ordinarias se **autoriza el descuento del aporte a salud a cargo de la demandante.**

COLPENSIONES debe, recaudar los valores que se ordena restituir por la AFP y validarlos como aportes, para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar, en los términos de ley.

Teniendo en cuenta que la Resolución GNR283788 del 16 de septiembre de 2015, por medio de la cual se otorgó el derecho pensional, fue notificada a la demandante el **23 de septiembre de 2015, formuló reclamación administrativa el 22 de agosto de 2018 y procedió a instaurar la acción el 26 de octubre siguiente, no tuvo operancia el fenómeno extintivo de la prescripción.**

Ante el resultado de los recursos, no hay lugar a condena en costas en esta instancia. Las de primera se mantienen, y en caso de inconformidad con el monto se deberá debatir en la oportunidad señalada en el artículo 366-5 del C. G. del P..

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca, modifica y adiciona** la sentencia proferida por el Juzgado 06 Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **María Eugenia Restrepo Tejada** contra la **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**, la cual queda en los siguientes términos:

1.- DECLARA la ineficacia del cambio de régimen pensional que con formulario suscrito el 29 de febrero de 2000, con efectividad a partir del 1º de abril del mismo año, realizó María Eugenia Restrepo Tejada del RPMPD al RAIS a través de la AFP Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A.. En consecuencia, se entenderá que siempre estuvo afiliada al régimen de prima media administrado actualmente por Colpensiones.

2. CONDENAR a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los porcentajes correspondientes a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo

de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, correspondientes al periodo en que la demandante estuvo afiliada a **Colpatria S.A. y Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.**

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

3.- DECLARAR que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y tiene derecho al reajuste de su pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, **a partir del 1º de mayo de 2015** y en cuantía mensual de **\$840.662,00**, con los respectivos anuales. En consecuencia, se condena a Colpensiones a pagar la suma de **\$96.760.495,00**, por concepto de diferencias pensionales adeudadas entre el 1º de mayo de 2015 y el 30 de octubre de 2022, tal como se detalla en cuadro incorporado en la parte motiva, valores que deberán actualizarse mediante el mecanismo de la indexación, atendiendo a su causación periódica. A partir de noviembre de 2022 la mesada a pagar no podrá ser inferior a **\$3.796.672**, con los ajustes de ley futuros.

Se autoriza a Colpensiones, a descontar, **del reajuste sobre mesadas ordinarias**, el aporte a salud a cargo de la demandante.

4.- DECLARAR infundadas las excepciones propuestas por las demandadas.

5.- Ante el resultado de los recursos, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO**, que se fijara por **secretaria por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado