

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	EUGENIA CECILIA OSORIO SALINAS
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PORVENIR - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-
RADICADO	05001-31-05-012-2018-00745-02
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional- Pensión de vejez- Devolución de saldos
DECISIÓN	Revoca

Medellín, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA, y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **EUGENIA CECILIA OSORIO SALINAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **AFP PORVENIR S.A.**, y el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 009**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., por el apoderado de COLPENSIONES y por el apoderado judicial del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, contra la sentencia que profirió el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 24 de noviembre de 2022; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la demandante antes del 01 de abril de 1994 tenía 39 años de edad, toda vez que nació el 09 de agosto de 1954 beneficiándose del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, que remite al decreto 758 de 1990.

Se manifestó que la actora inicialmente estuvo vinculada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, y que posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR el 12 de enero de 1996, fondo privado donde se encuentra afiliada en la actualidad.

Se dijo que la demandante el 8 de julio de 2010, solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, petición que fue resuelta negativamente por la entidad mediante resolución N° 010973 del 29 de abril de 2011, declarándose la entidad incompetente para conocer de la prestación.

Se aseguró que la actora el 08 de septiembre de 2011, presentó solicitud a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, de la pensión de vejez, considerando que cumplía con todos los requisitos para ser beneficiaria de la mentada prestación.

La administradora de fondo de pensiones el 06 de octubre de 2011, negó la pensión deprecada, bajo el argumento de que la demandante no contaba con el capital suficiente para financiar una pensión de vejez, ni tampoco para acceder al reconocimiento de la garantía de pensión mínima de vejez.

Se sostuvo que la accionante el **25 de noviembre de 2011 solicitó la devolución de saldo más el bono pensional** ante la AFP PORVENIR, prestación que le fue reconocida y pagada en cuantía de **\$38.969.751**. No obstante, se indica que la actora cumple con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, para ser beneficiaria de la pensión de vejez, bajo el régimen de transición, toda vez que arribó a los 55 años de edad el 9 de agosto de 2009, fecha para la cual contaba con 738,14 semanas cotizadas en su vida laboral de las cuales 247 fueron aportadas al ISS y 491,14 cotizadas a PORVENIR, cumpliendo de esta forma con los requisitos de edad y tiempo de cotización exigidos por el artículo 12 del decreto 758 de 1990, al contar con más de 500 semanas aportadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

Se expresó que el traslado realizado por la demandante al RAIS, no era procedente, por cuanto la actora era beneficiaria del régimen de transición, y existió una falta del deber de información por parte de la AFP demandada.

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

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por la AFP demandada.

Consecuencialmente se solicita CONDENAR a la AFP **PORVENIR S.A.**, a reconocer y pagar, **i)** los perjuicios ocasionados a la demandante con su afiliación al RAIS, consistente en el reconocimiento del retroactivo de la mesada pensional a partir del 9 de agosto de 2009, hasta el día en que COLPENSIONES comience a efectuar el pago de la pensión de vejez, las mesadas adicionales, intereses moratorios y/o indexación. **ii)** trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES con sus rendimientos sin descontar las comisiones por concepto de administración. **iii)** al pago de los perjuicios morales, ocasionados en el traslado de la actora al RAIS y a los perjuicios materiales por daño emergente: al reconocimiento y pago por falta de equivalencia de aportes que implica el retorno de la actora al régimen de prima media.

Se CONDENE a **COLPENSIONES i)** a reactivar la afiliación de la demandante al régimen de prima media. **ii)** al reconocimiento y pago a favor de la demandante de la pensión de vejez, las mesadas adicionales, intereses moratorios y/o indexación.

Y que se declare y condene a las demandas a lo que extra y ultra petita resulte probado en el proceso y se condene en costas procesales.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

COLPENSIONES, a través de la contestación allegada (PDF 02 folio 95 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; negó los hechos de la demanda, y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“IMPOSIBILIDAD DE QUE COLPENSIONES DECRETE INEFICACIA DEL TRASLADO, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, INMOMINADA”*

Por su parte la AFP PORVENIR mediante la contestación allegada (PDF 02 folio 134 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones

de esta acción; negó los hechos de la demanda. Particularmente señaló que la demandante no logró acumular en su CAI el capital suficiente para financiar una pensión de vejez normal en los términos del artículo 64 de la ley 100 de 1993, por cuanto tampoco llenaba los requisitos para ser beneficiaria de la garantía de pensión mínima que otorga la Nación a través de la OBP, por lo cual se afirma que la actora solicitó la devolución de saldos, la cual en efecto le fue reconocida por PORVENIR en la suma de \$38.969.751.

La entidad planteó a título de excepciones previas (PDF 02 folio 161): falta de integración de la Litis por pasiva con la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Como excepciones de mérito planteó las siguientes:

“IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD POR RECONOCIMIENTO DE PRESTACIÓN ALTERNATIVA DE DEVOLUCIÓN DE SALDOS EFECTUADA A LA DEMANDANTE, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE PRETENDE ATACAR LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN, PAGO, AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A LA DEMANDADA”

Demanda de Reconvención:

A través de escrito separado, la AFP PORVENIR S.A. según escrito visible en el PDF 02 folio 221 del expediente, presentó demanda de reconvención en contra de la señora EUGENIA CECILIA OSORIO SALINAS, pretendiendo que se declare no procedente la nulidad de traslado solicitada e informando, que la actora recibió la devolución de saldos por valor de \$38.969.751. Asimismo, solicitó que, en el evento de declararse la ineficacia, se condene a la demandante a reintegrar la suma de dinero que le fue reconocida a título de devolución de saldos, más la indexación de dicha suma, hasta la ejecutoria de la sentencia.

Respuesta a la demanda de Reconvención: La demandante, a través de su apoderado judicial descorrió el traslado de la demanda en su contra, a través de escrito visible en el PDF 02 folio 230. A través del mismo, se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención, e insistió en la falta de validez del acto de traslado de régimen pensional.

La A quo, atendiendo a la excepción previa formulada por la AFP PORVENIR, dispuso la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (PDF 02 folio 237)

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en texto visible en el PDF 2 folio 244, se opuso a todas y cada una de las pretensiones en contra de esa cartera ministerial, precisando que la Oficina de Bonos Pensionales responde únicamente por la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de bonos pensionales o cupones de bonos pensionales a cargo de la Nación, procedimientos que se efectúan con base en las solicitudes que al respecto realicen las Administradoras del Sistema General de Pensiones.

Se adujo que la entidad desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y, por consiguiente, desconoce las asesorías realizadas con la AFP PORVENIR S.A. a la actora. Preciso que las afiliaciones y/o traslados de las personas entre los regímenes pensionales creados por la Ley 100/93 lo determinan por mandato legal las AFP'S, sin que la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) tenga injerencia alguna en la decisión que al respecto adopten los interesados en pertenecer o bien al RPM o en su defecto, al RAIS.

Agregó además la entidad que mediante la resolución 9086 del 21 de noviembre de 2011, y en respuesta a la solicitud que realizó la AFP HORIZONTE el 11 de noviembre de 2011, **emitió y pagó bono pensional tipo A modalidad 2**, a la demandante, anticipadamente por devolución de saldos.

El Ministerio, planteó a título de excepciones, las que se describen a continuación: *"FALTA DE EJERCICIO DE LA FACULTAD DE REGRESAR AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA ADMINISTRADO POR COLPENSIONES, LA VARIACIÓN DEL MONTO DE LA PENSIÓN NO CONSTITUYE VICIO DEL CONSENTIMIENTO NI CAUSAL DE EFICACIA, VALIDEZ Y EFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN NO PUEDE SUSTENTARSE EN LA REALIZACIÓN O NO DE UNA PROYECCIÓN PENSIONAL, PRESCRIPCIÓN, LA OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO YA CUMPLIÓ CON LA EMISIÓN Y REDENCIÓN DEL BONO PENSIONAL DE LA DEMANDANTE, LA DEMANDANTE ES BENEFICIARIA DE UNA DEVOLUCIÓN DE SALDOS SITUACIÓN QUE IMPIDE SU RETORNO A COLPENSIONES"*

Ahora bien, mediante auto del 24 de agosto de 2021, en ejercicio de control de legalidad, la juez de primera instancia, inadmitió la demanda solicitando a la parte demandante aportar la reclamación administrativa efectuada ante COLPENSIONES, con fecha y sello de recibido por parte de dicha entidad, mediante la cual haya previamente solicitado la pretensión de ineficacia del traslado de régimen. (PDF 18).

En auto del 31 de diciembre de la misma anualidad, y ante la falta del requisito exigido, el despacho dispuso el rechazo de la demanda (PDF 19), empero, este providencia fue recurrida mediante recurso de reposición y apelación por la parte demandante, y en sede de segunda instancia, se ordenó REVOCAR íntegramente los autos interlocutorios de fecha 24 de agosto de 2021 y 13 de diciembre de 2021, mediante los cuales se efectuó control oficioso de legalidad, y posteriormente se rechazó la demanda por no agotamiento de la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, y en su lugar, se ordenó a la juez de primer grado, a retomar de manera inmediata el trámite procesal correspondiente.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 24 de noviembre de 2022, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda declarando la ineficacia de la afiliación de la señora EUGENIA CECILIA OSORI O SALINAS, al régimen de ahorro individual con solidaridad en el marco de la afiliación adelantada por PORVENIR S.A. entendiéndose para todos los efectos afiliada sin solución de continuidad en el RPMCD dirigida en la actualidad por COLPENSIONES.

Se condenó a la **AFP PORVENIR S.A.** a que, traslade con destino a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual con los respectivos rendimientos financieros de la señora EUGENIA CECILIA OSORIO SALINAS, de igual modo, el porcentaje correspondiente a los 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. A la par se ordenó que, al momento de cumplir 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 justifiquen.

Se ORDENA a **COLPENSIONES**, a reactivar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad, y recibir los mencionados valores que sean trasladados por la AFP PORVENIR e integrarlos al fondo común que administra, y que las semanas acreditadas se reflejen en su historia laboral.

Asimismo, DECLARÓ que la señora EUGENIA CECILIA OSORIO SALINAS, tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de vejez bajo los lineamientos del Decreto 758 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición.

CONDENÓ a COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la señora EUGENIA CECILIA OSORIO SALINAS, la pensión de vejez, desde el 10 de agosto de 2009, con una mesada pensional equivalente al SMMLV para cada año y en razón de 14 mesadas anuales.

Se DECLARÓ probada parcialmente la excepción de PRESCRIPCIÓN, sobre las mesadas causadas con anterioridad al 09 de febrero de 2015. A su vez, DECLARAR PROBADA la excepción de COMPENSACIÓN, indicándose que respecto del retroactivo pensional, podrá realizar la retención de la suma de \$38.969.751 indexados, valor de la cuenta de ahorro individual y de los rendimientos financieros que ya fue paga a la demandante y realizará las deducciones correspondientes en salud.

Se CONDENÓ a COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la señora EUGENIA CECILIA OSORIO SALINAS, un retroactivo pensional por el valor de \$88.283.172, liquidado desde el 09 de febrero de 2015 al 30 de noviembre de 2022, suma que debe ser **debidamente indexada**, y a partir del 01 de diciembre de 2022, la entidad, pagará una mesada pensional por el valor de \$1.000.000, sin perjuicio de los reajustes legales, y en un total de 14 mesadas al año.

Se ABSOLVE a COLPENSIONES y al MINISTERIO DE HACIENDA, de las demás pretensiones incoadas en su contra por la señora EUGENIA CECILIA OSORIO SALINAS.

Se CONDENÓ en costas a la AFP PORVENIR S.A., y se abstuvo de imponer costas a COLPENSIONES y al MINISTERIO DE HACIENDA.

El principal argumento de la A quo para declarar la ineficacia, fue la tesis jurisprudencial que en la actualidad sostiene la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, sobre la inversión de la carga de la prueba, la insuficiencia del formulario para acreditar asesoría, la relevancia de la oportunidad en que se reciba la asesoría, la imposibilidad de que la ineficacia se sanee por prescripción o por traslados en el mismo régimen de ahorro individual con solidaridad y el derecho a la libre selección de régimen pensional.

También se argumentó que la AFP PORVENIR S.A. no probó en el juicio que le hubiere advertido a la demandante sobre las potenciales desventajas que le podrían representar el traslado de régimen pensional, ya que se trataba de un caso en el que la persona es beneficiaria del régimen de transición.

En lo atinente a la devolución de los saldos efectuados a la demandante por la AFP PORVENIR, la A quo manifestó que esa situación no es óbice para la declaratoria de la ineficacia invocada, y para ello se apoyó en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia sala Casación laboral SL 3464-2019 y la sentencia SL 3186 de 2015.

Respecto de la demanda de reconvención, desestimó su pretensión, pero autorizó, **compensar** la cantidad pagada por la AFP PORVENIR a la demandante, por concepto de devolución de saldos, ordenando a COLPENSIONES, retener del retroactivo pensional, la suma de \$38.969.751 debidamente indexada.

En cuanto a la prestación económica, encontró la A quo configurados los requisitos legales para el reconocimiento pensional, y determinó que la

demandante es beneficiaria del régimen de transición al considerar que, para el 1 de abril de 1994, la actora contaba con 39 años de edad, y 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años al cumplimiento de la edad mínima, determinando que en total la demandante cotizó 744,14 semanas.

La juez de primera instancia concluyó que la demandante causó su derecho pensional el 10 de agosto del año 2019, época en la que la demandante cumplió los 55 años de edad y que, una vez realizada la liquidación de la pensión, la misma arrojó \$325.644, valor que corresponde a menos del SMLMV, por lo que ordenó su reconocimiento, teniendo en cuenta el SMLMV para cada año.

Se desestimó la pretensión concerniente a los intereses moratorios, bajo la consideración que solo a partir de la decisión adoptada, se estaba reconociendo la prestación económica solicitada, no obstante, la juez de primer grado, reconoció la indexación respecto del retroactivo pensional.

En relación a los perjuicios invocados, aseguró que la parte actora no logró demostrar ningún elemento probatorio para soportar la pretensión invocada.

Proferida la decisión, y ante la petición de la apoderada judicial de la parte demandante, la A quo aclaró la sentencia en el sentido de ordenar la indexación del retroactivo pensional, el cual se omitió indicar en la parte resolutive del fallo.

Luego el apoderado judicial del MINISTERIO DE HACIENDA, solicitó aclaración de la sentencia, pues en su sentir, la juez de primera instancia, no se refirió en lo relativo al bono pensional que fue emitido y pagado por la entidad y respecto del cual, no se ordenó su devolución al Ministerio, indicando que si bien a la demandante le fue pagado un bono pensional tipo A, al estar vinculada en el RAIS, dicho bono pensional es incompatible con el que el Ministerio eventualmente deba pagar a la actora en el régimen de prima media.

La solicitud de aclaración impetrada por el Ministerio, fue negada por la juez de instancia, argumentando que la petición no cumple con los términos dispuestos en el artículo 287 del C.G.P, y que, por tanto, la misma debe ser impetrada en el recurso de apelación.

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

La sentencia de primera instancia fue apelada por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., por el apoderado de COLPENSIONES y por el apoderado del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Apelación de PORVENIR S.A: Recurrió la decisión de primera instancia, solicitando su revocatoria total.

Argumentó que la sentencia censurada desconoce la reciente línea jurisprudencia de la CSJ, establecida en la SL 373 de 2021, la cual ha reconocido el estatus jurídico consolidado de quienes han recibido prestaciones económicas, insistiendo en que, si se mantiene la declaratoria de ineficacia, se afecta los intereses del Ministerio de Hacienda.

Resaltó que la AFP no incumplió el deber de información con la demandante, toda vez que se le explicó las características de ambos regímenes y así la demandante decidió suscribir de forma libre y voluntaria el formulario de afiliación.

Dijo que no es correcto que se le exija a la AFP, algo fuera de los parámetros establecidos para la época de la afiliación de la accionante, especialmente frente a las exigencias de información, que para el caso es lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Cuestionó también la apelante la orden de trasladar las cuotas de administración, la cual se ordenó devolver de forma indexada, pues a su juicio este concepto se cobra por la AFP para administrar los aportes de la cuenta de ahorro individual de los afiliados, los cuales se encuentran debidamente autorizados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, y que opera en ambos regímenes pensionales, resaltando, que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la

demandante descuentos realizados conforme a la ley, y tras la buena gestión de la entidad.

Refirió que no habría lugar a devolver lo que la AFP haya descontado por seguros previsionales y para el fondo de garantía de pensión mínima, pues con cada aporte que realizaba la demandante al sistema general de seguridad social, una parte de este dinero se destinaria para el pago de estos valores, por lo tanto, la entidad no ha obrado de mala fe.

En último lugar solicitó que se absuelva a la entidad de la condena en costas procesales, toda vez que ha actuado siempre conforme a la ley, ya que la afiliación de la demandante se entendía como válida, incluso para la misma demandante, quien recibió una prestación del régimen pensional en el RAIS.

Apelación de COLPENSIONES: Recurrió la sentencia de primera instancia, expresando inconformismo con el sentido de la decisión y solicitando su revocatoria.

Manifestó la apelante que la actora solicitó el traslado de régimen pensional, una vez cumplió la edad mínima para la pensión, y cuando la AFP PORVENIR ya le había realizado la devolución de saldos y había recibido el pago del bono pensional, por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Señaló que no se puede retrotraer los actos realizados, particularmente por cuanto el bono pensional entregado a la demandante es tipo A, por estar vinculada al RAIS, y el bono pensional que se causa en el régimen de prima media es otro.

Hizo referencia a la sentencia proferida por este colegiado, a efectos de insistir en que no se declare la ineficacia, teniendo en cuenta que la demandante materializó un derecho en el régimen, sin que las cosas puedan volver al estado anterior, ya que se consolidaron situaciones jurídicas, se hicieron las respectivas erogaciones y hay terceros de buena fe que concurrieron a los respectivos actos

jurídicos y afecta el principio de sostenibilidad de la entidad, y la demandante ya no cuenta la condición de afiliada.

A modo de conclusión solicita el apelante que no se declare la ineficacia del régimen pensional invocado por la parte demandante, que no se reconozca la pensión a la actora, y que tampoco se ordene el reconocimiento y pago del retroactivo pensional; teniendo en cuenta que la señora EUGENIA CECILIA OSORIO SALINAS, al trasladarse al RAIS, y aceptar la devolución de saldos por parte de la AFP PORVENIR, perdió los derechos del régimen de transición y consolidó su derecho en el régimen de ahorro individual.

Apelación del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Arguyó que la hoy demandante no podía ser beneficiaria de la declaratoria de ineficacia, por cuanto la actora tiene una situación jurídica consolidada, y que contrario a las consideraciones que hizo el despacho, relativas a que la devolución de saldos es una prestación provisional, comentó que ello no es así, por cuanto la devolución de saldos es una prestación, y la demandante no cumplía con los requisitos para que le fuera reconocida una pensión de vejez, luego entonces, si debe ser aplicado el precedente de la sentencia SL 373 de 2021, y a su vez, las sentencias emitidas por el Tribunal Superior de Medellín, quienes han expuso que la devolución de saldos y la pensión de vejez son situaciones similares y por ello no debe ser declarada la ineficacia.

Agregó que si pese a los argumentos expuestos se acoge las pretensiones de la demandante, se implora se tenga en cuenta, que las consecuencias de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado anterior, y la juez de instancia no se pronunció respecto al bono pensional tipo A, pagado a la demandante al estar vinculada al RAIS, luego al declararse la ineficacia dicho bono pensional debe reintegrarse a la Nación- Ministerio de Hacienda, de manera indexada, precisando que el bono tipo A, no puede financiar una pensión del régimen de prima media, y pese a que la juez de la primera instancia ordenó a la demandante reintegrar el valor del bono pensional, la actora estaría recibiendo

una doble financiación irregular, y la decisión adopta, si afectaría directamente al Ministerio de Hacienda.

Alegatos de Conclusión:

La apoderada judicial de la **parte demandante**¹ presentó escrito de alegatos de conclusión solicitando que se confirme en su integridad el fallo de la primera instancia, aduciendo que la señora EUGENIA CECILIA OSORIO SALINAS, tiene derecho a que se declare la ineficacia y se le reconozca y pague la pensión de vejez bajo los lineamientos del Decreto 758 de 1990, por cuanto a su juicio, no se demostró de manera contundente, la carga correspondiente a los fondos de pensiones, de brindar la adecuada asesoría al momento de realizar un traslado, con información eficiente, eficaz, completa, explicando los beneficios, efectos, ventajas y desventajas, del proceso a realizar.

Por su parte, el apoderado judicial de la **AFP PORVENIR**, manifestó que no comparte la decisión a la cual arribó la falladora, en el sentido de declarar la ineficacia de la afiliación de la parte demandante, toda vez que no obra dentro del proceso ninguna prueba que respalde en forma fehaciente y concluyente, la afirmación de la parte actora en el sentido de que se le omitió información en el momento de tomar la determinación de efectuar el traslado y más aún, teniendo en cuenta que obra prueba documental, esto es, formulario de vinculación a la AFP, en la cual la señora OSORIO SALINA suscribió de su puño y letra que tomaba su decisión de traslado en forma autónoma y con el pleno conocimiento.

Por otro lado, afirmó que a la actora ya se le reconoció una prestación que ofrece el SGSSP por lo que no puede pretender una vez finiquitado el trámite de devolución de saldos y tras haber usufructuado sus aportes, pretender dejar sin efectos su afiliación y no devolver los aportes recibidos.

Reiteró que no comparte la decisión a la cual arribó el Despacho, en el sentido de condenar a la AFP a la devolución de unos aportes que no están en

¹ Dos escritos presentados el 18 y 30 de enero de 2023

su haber, así como el traslado de rendimientos que se encuentran en cabeza de la actora a raíz de la devolución de saldos.

Aseguró que, con la redención y pago de un bono pensional, se accedió al beneficio prestacional de devolución de saldos, y su desmaterialización a través de la anulación del bono pensional ya redimido y pagado, afectaría intereses propios del Estado o asociados, al haberse dado ya una negociación del bono.

En definitiva, insistió que no se ordene devolver a COLPENSIONES las cuotas de administración, los seguros previsionales y los fondos de garantía de pensión mínima indexados.

Finalmente, la apoderada judicial de **COLPENSIONES**, manifestó que para la fecha en que la señora EUGENIA CECILIA OSORIO SALINAS, realiza su traslado entre administradoras de fondo, la norma vigente que reguló la materia es el artículo 13 de la ley 100 de 1993, y que por tanto el traslado que hizo la actora al RAIS el 12 de enero de 1996, lo hizo conforme a la legislación que regulaba la materia, por lo que pide que la entidad sea absuelta de todas las pretensiones y no asumir las consecuencias de actos de terceros.

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

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Naturaleza jurídica de la pretensión. - La Ineficacia en el traslado de régimen pensional- Pensión de vejez- Devolución de saldos-

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por los apoderados judiciales de la AFP PORVENIR S.A., de COLPENSIONES y del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, que comprende determinar si en el presente caso, el hecho de que la demandante hubiere accedido a la devolución de saldos, se erige en una razón suficiente para que no pueda declararse ineficaz el acto de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, y bajo la consulta, se revisará la sentencia en los aspectos que fueron desfavorables a Colpensiones y al Ministerio de Hacienda, por ser tal trámite en favor de dichas entidades.

Ahora, para resolver los problemas jurídicos planteados, cabe recordar que, en términos generales, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha desarrollado la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y luego de haber trazado una línea jurisprudencial desde el año 2008 (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008), fue decantando su posición a través del desarrollo de instituciones como *“el buen consejo”*, *“la inversión de la carga de la prueba”*, además de avanzar en la consolidación del concepto propio de la seguridad social, al pasar de entender que, más que tratarse de una simple nulidad, lo que se presentaba con la ausencia de información, era la Ineficacia, como sanción propia del acto jurídico en estos temas (Sentencias SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017), concluyó en una pacificada jurisprudencia (**sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019**), que en la actualidad continúa manteniendo su mismo sentido (Sentencia SL 3199 de 2020 entre otras).

Esta línea jurisprudencial, parte de destacar que el deber de información es ineludible; que existe y se hace exigible, desde la propia creación de los regímenes pensionales que introdujo la Ley 100 de 1993, sin importar que, si bien se han promulgado normas más recientes en las que se ha desarrollado el tema (numeral 1º del Artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el Artículo 23 Ley 795 de 2003; Artículo 9 de la Ley 1328 de 2009

y Decreto 2555 de 2010), se trata de una obligación que deriva de la propia Ley 100 de 1993, que promulgó la existencia de los dos regímenes pensionales, y el derecho a la libre elección.

También ha quedado claro, que a nivel procesal, el tema se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

Es preciso, asimismo, tener en cuenta, que para la Sala de Casación Laboral (SL 1688 de mayo de 2019), *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*.

Esta postura es consecuente con los postulados que rigen en materia social, conforme a los cuales en el juicio jurídico sobre los derechos de los trabajadores y los afiliados a la seguridad social, resulta más relevante la realidad que los formalismos; la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrado la formación del derecho a la pensión, y; el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, es el primero, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber tomado la decisión inicial, o por el hecho de que eventualmente exista movilidad entre varias administradoras pertenecientes al

régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, por lo que un dato será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad”* (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019).

Haciendo un recuento de toda la línea jurisprudencial sobre la ineficacia, para llegar al estado actual de la jurisprudencia sobre el tema, es pertinente citar las providencias del órgano judicial de cierre Corte Suprema de Justicia 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, y SL1217 y SL782 de 2021.

Para la Corte Suprema de Justicia, el deber de información a la persona que aspire a trasladarse de régimen pensional, consiste en una completa *“descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado”*.

No obstante ser un tema pacífico la generación de la consecuencia jurídica de la ineficacia cuando el fondo privado no prueba en el juicio que verdaderamente suministró una real y absoluta asesoría al afiliado al momento del traslado, ha sido clara la jurisprudencia en el sentido que, cuando se trata de una persona que ya alcanzó el derecho a la pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad y disfruta de ella, *“es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir cuando se acredita la ineficacia del traslado, pues ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto, generando un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones –*

improcedencia de la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado” (Sentencia SL373 de 2021).

Esta corporación ha sentado su postura en ese mismo sentido, y fue así como a través de la sentencia de unificación del 14 de agosto de 2019, dentro del proceso con radicado 05-001-31-05-007-2015-01295, expuso que no es procedente la ineficacia de traslado para pensionados, precisamente porque la carencia de información al afiliado, se entiende superada con la celebración del nuevo acto jurídico de pensionado, sin dejar de lado que, acceder a declarar ineficacia cuando ya se ha alcanzado la pensión afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que con esta decisión pueden verse afectados terceros, como lo es el inversionista del bono pensional, el cual realizó un acto jurídico válido y totalmente legítimo.

Tal postura resulta consecuente con la distinción entre el momento de la afiliación y aquel en que se empieza a disfrutar la pensión, diferenciación necesaria a efectos de entender que la carencia de información que existía en la afiliación cuando se tenía la condición de afiliado pasa a un segundo plano cuando se accede a los beneficios en el RAIS por parte del asegurado y merced a ello celebra un nuevo acto jurídico que consolida su status pensional bajo las reglas propias del régimen.

Ahora, las referidas consideraciones resultan también aplicables a casos en los que, no existiendo el capital suficiente para financiar una pensión, se accede por parte del asegurado a una **devolución de saldos**. Ello por cuanto, desde el punto de vista económico, tanto en la pensión vitalicia como en la devolución de saldos, se generan actos jurídicos que consolidan un status jurídico y que comprenden la realización de diversas operaciones y erogaciones financieras respecto de terceros.

Es importante precisar que en esta oportunidad, se analiza el tema de la ineficacia cuando se ha accedido por la actora a la devolución de saldos en el régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que se entienda que nos encontramos frente a la hipótesis también tratada por la jurisprudencia del órgano

jurisdiccional de cierre (Sentencia SL 1142 de 2021) frente a casos en los que se ha recibido la devolución de saldos, correspondiente a una negociación anticipada del bono pensional, que proyectada a la fecha en la que ordinariamente debía negociarse (cumplimiento de la edad), permitiría concluir que sí existen los suficientes recursos en la cuenta de ahorro individual.

Descendiendo al caso concreto, sea lo primero reseñar, que conforme a la prueba documental obrante en el expediente (PDF 02 folio 24), se advierte que la señora EUGENIA CECILIA OSORIO SALINAS, nació el día 09 de agosto de 1954 y se afilió inicialmente al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1990, y luego se afilió a la AFP PORVENIR S.A. en el año 1996.

En el sub judice, tampoco existe duda acerca de que la señora EUGENIA CECILIA OSORIO SALINAS, solicitó ante la AFP PORVENIR S.A; la devolución de saldos, más el bono pensional, el día 25 de noviembre de 2011², prestación económica que le fue reconocida y pagada en cuantía de \$38.969.751.



Asimismo, consta probado que la Oficina de Bonos Pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, emitió y redimió de manera anticipada por devolución de saldo, bono pensional tipo A modalidad 2, mediante la resolución N° 9086 del 21 de noviembre de 2011, a favor de la actora y en respuesta a la solicitud que elevó la AFP PORVENIR (PDF 02 folio 275 ss)

² Hecho sexto de la demanda.

En ese orden de ideas, esta sala no puede desconocer la postura jurisprudencial que se ha asumido por esta corporación frente a casos en los que se ha accedido al pago de las prestaciones en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

En efecto, si bien las hipótesis en las que se ha analizado esta situación, es en casos de personas que han accedido a la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme se describe en la sentencia SL 373 de 2021, no obstante, el análisis se hace extensivo al caso de personas que han recibido la devolución de saldos.

Y es que de ambos supuestos facticos se advierte una situación que no puede desconocerse o ser revertida, en tanto se encuentra jurídicamente consolidada, con ocasión de los actos desplegados por terceros de buena fe, como ocurre en el caso de marras, en el que se tiene acreditado que la accionante EUGENIA CECILIA OSORIO SALINAS accedió a uno de los beneficios que ofrece a sus afiliados el RAIS, como lo es la devolución de saldos, incluyendo el valor del bono pensional para lo cual se debió efectuar la redención anticipada del mismo.

Así las cosas, no se trataría solo de evaluar la falta de información al momento del traslado, sino que particularmente que se hizo efectivo el bono pensional, lo que implica un juicio que comprende otras variables financieras y de riesgo económico que no solo competen a la demandante y a la administradora de pensiones, sino a terceros de buena fe.

Acceder a la ineficacia en estos términos constituiría una afectación a recursos de deuda pública de la Nación como son los derivados de la ejecución del bono pensional, y a su vez resultaría alterador de las operaciones, actos y contratos celebrados entre aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas que intervinieron en la consolidación y rendimientos de los capitales a partir de los cuales se financió la prestación de la demandante.

Ahora, si bien desde el punto de vista jurídico se ha sostenido mayoritariamente en la jurisdicción ordinaria que, el hecho de que se haya recibido el pago de una indemnización sustitutiva o devolución de saldos no es óbice para que se reconozca una prestación periódica pensional cuando se tiene derecho a la misma, dada su irrenunciabilidad y ligamen al ejercicio del derecho fundamental al mínimo vital, en el presente caso se advierte –como se destacó en precedencia- que, cuando a la demandante se le reconoció el derecho a la devolución de saldos, no tenía causado ningún derecho pensional en su favor.

Pues bien, en el escrito de demanda se aduce que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y que, por tanto, éste es un derecho consolidado. Al respecto en providencia SL3188-2021, se dijo:

“A más de lo anterior, no es cierto, como lo sostuvo el Tribunal, que la pertenencia al régimen de transición comporte un derecho adquirido. Al respecto, la Sala debe recordar que el beneficio contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 corresponde **simplemente a una posibilidad cierta**, pero al mismo tiempo eventual, de llegar a consolidar una pensión de vejez según las normas anteriores, es decir, constituye una expectativa legítima.

Así lo explicó esta Corte en decisión CSJ SL4040-2019 reiterada en CSJ SL335-2020:

Quiere decir lo anterior que solo la consolidación del derecho pensional, por el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas cotizadas o tiempos de servicio, según la norma que lo regule, causa su inmutabilidad frente a las normas que se produzcan posteriormente. Al contrario, si el afiliado tiene un derecho en formación porque aún no cumple con las exigencias de la ley para causarlo, solo goza de una expectativa, concepto que, como se explicó, no corresponde al de derecho adquirido.

Según lo dicho, no puede afirmarse que el hecho de cumplir con los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le otorga al afiliado un derecho adquirido, dado que esa situación corresponde a una probabilidad cierta pero eventual de consolidar un derecho bajo las condiciones que establezca determinada ley, y siempre que no se produzcan cambios en el sistema. (Subrayas son del texto).

*De igual forma en proveído CSJ SL2570-2019 se indicó que el régimen de transición no constituye, en estricto sentido, un derecho adquirido, como lo afirma la censura, pues dicha noción corresponde simplemente a una regla de tránsito normativo o a «...**una probabilidad cierta pero eventual de consolidar un derecho bajo las condiciones que establezca determinada ley, y siempre que no se produzcan cambios en el sistema**» (CSJ SL1347-2019).* Negrilla fuera de texto

En resumen, revertir una operación de negociación de bono pensional en mercado de valores, declarar una ineficacia después de causada y pagada una devolución de saldos por valor de \$38.969.751 y hacer que las cosas regresen al estado anterior, constituiría una decisión que le causaría un grave detrimento

patrimonial a COLPENSIONES y terminaría por afectar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, pero más aún, una decisión en dicho sentido le generaría a la propia demandante, una obligación de devolución económica indexada, que representaría una erogación significativa.

Y es que llama la atención de esta sala que la demandante, solo hasta el 10 de diciembre del año 2018 (PDF 01) con la presentación de la demanda, haga expreso un inconformismo por la devolución recibida, cuando se benefició del capital y los rendimientos que representó tener a su disposición por la suma de \$38.969.751; desde noviembre del año 2011.

Así las cosas, se evidencia que el tema de la falta de información y asesoría que se habría presentado en el momento en que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., quedó subsumida en el nuevo acto jurídico que se celebró y que le representó a la demandante el derecho a la devolución de saldos, situación que de contera imposibilita la prosperidad de la pretensión principal relativa a la ineficacia del traslado y la pretensión subsidiaria concerniente a la reclamación de perjuicios.

Conforme a lo anterior, en el sub judice es claro que declarar la ineficacia y ordenar un reconocimiento pensional generaría una desfinanciación del sistema injustificada, conforme lo ha decantado la H. Corte Constitucional en Sentencia C-841 de 2003, y más grave aún, colocaría a la propia demandante en una posición muy gravosa al tener que responder a través de una “*devolución-compensación*”, unas sumas de dineros de las que ha dispuesto desde su pago.

En consecuencia, **se revocará** la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a las demandadas de todas las pretensiones impetradas en su contra, encontrando esta sala que les asiste razón a los apoderados judiciales recurrentes de la AFP PORVENIR, de COLPENSIONES y del MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, en sus recursos de alzada, cuando destacan que no procede la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante ha recibido recursos por

concepto de devolución de saldos, puesto que ello conlleva a una situación consolidada.

Costas procesales en ambas instancias:

En ambas instancias, las costas procesales estarán a cargo de la demandante y en favor de las entidades accionadas. Las agencias en derecho en primera instancia deberán ser fijadas por el A quo en la oportunidad procesal pertinente. Las agencias en derecho en segunda instancia ascienden a la suma de \$300.000 en favor de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y del MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.

VIII. - DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR íntegramente la sentencia de primera instancia que se conoce en Apelación y Consulta, de fecha y procedencia conocidas, para en su lugar **ABSOLVER** a **PORVENIR S.A., COLPENSIONES** y al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO** de todas las pretensiones impetradas en su contra por la señora EUGENIA CECILIA OSORIO SALINAS, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales de ambas instancias a la señora **EUGENIA CECILIA OSORIO SALINAS**. Las agencias en derecho en primera instancia deberán ser fijadas por el A quo en la oportunidad procesal pertinente. Las agencias en derecho en segunda instancia ascienden a la suma de \$300.000, en favor de COLPENSIONES, de PORVENIR S.A. y del MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.

TERCERO: En su debida oportunidad se ordena la devolución del expediente al juzgado de origen.

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

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA