



## **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

**Medellín, dieciséis (16) de marzo de dos mil veintitrés (2023)**

Demandante: JORGE ALEJANDRO GIRALDO RUIZ  
Demandados: ACP COLPENSIONES y PORVENIR S.A.  
Litis por pasiva: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA  
Radicado: 05001 31 05 014 2018 00765 01  
Sentencia: S-065

### **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en éste acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín el día 24 de junio de 2022.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

### **PRETENSIONES:**

JORGE ALEJANDRO GIRALDO RUIZ demandó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para que se entienda que siempre ha permanecido afiliado a COLPENSIONES conservando el régimen de transición. Como consecuencia, pretende el reajuste de su pensión de vejez obteniendo la mesada sobre las

cotizaciones de los últimos 10 años o toda la vida según resulte más favorable, aplicando una tasa de reemplazo de 90% de acuerdo al contenido del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, además de los intereses moratorios, la indexación y las costas del proceso.

### **LOS HECHOS:**

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 5 de diciembre de 1951, por lo que cumplió los 40 años de edad el mismo día y mes del año 1991; que es beneficiario del régimen de transición; que estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hasta septiembre de 1998 cuando se trasladó a la AFP COLPATRIA S.A.; que en ese momento no recibió una información clara, veraz, suficiente y adecuada, donde le explicaran requisitos como en el saldo que debía acumular para alcanzar una pensión de vejez en el RAIS; que en marzo de 2017 las entidades demandadas aprobaron su regreso al Régimen de Prima Media, motivo por el cual PORVENIR S.A. procedió a trasladar los aportes a pensión realizados y los rendimientos financieros; que solicitó la pensión de vejez el 24 de mayo de 2017; que mediante Resolución SUB 209250 del 27 de septiembre de 2017, COLPENSIONES ordenó su reconocimiento con fundamento en la Ley 797 de 2003 a partir del 1 de julio de ese mismo año; que en ese acto administrativo se ordenó el pago de una mesada pensional de \$2'172.061 obtenido luego de que al IBL de \$3'277.098 se le aplicara una tasa de reemplazo de 66.28% gracias a las 1396 semanas que tenía acreditadas; y que cumple con las condiciones del Acto Legislativo 01 de 2005 para que su pensión sea reconocida como beneficiario del régimen de transición, el cual debió corresponder desde el 1 de abril de 2014.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

Al contestar, COLPENSIONES acepta la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación a esa entidad, el traslado a la AFP

COLPATRIA S.A. en 1998, el regreso al Régimen de Prima Media en el año 2017 y todo lo relacionado con el reconocimiento de la pensión de vejez. Se opuso además a las pretensiones indicando que no es posible conceder la pensión con fundamento en el Régimen de Transición por el hecho de haber perdido tal prerrogativa luego de su traslado al RAIS, no pudiendo ser recuperado por no cumplir las exigencias establecidas jurisprudencialmente. Como excepciones propuso imposibilidad de traslado de régimen, inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al RPM por falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de reconocer la pensión bajo el régimen de transición, prescripción, devolución de cuotas de administración en caso de declararse la ineficacia del traslado a favor del actor e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, PORVENIR S.A. también acepta fecha de nacimiento del demandante, la afiliación a esa entidad y el posterior regreso al RPM, pero aclara que al momento de la vinculación se le brindó al afiliado una completa asesoría, manifestando su pleno conocimiento y consentimiento a través de la firma, con la que además dejó constancia de su escogencia del régimen de forma libre, espontánea y sin presiones. A los demás hechos dice que no le constan y que deben ser probados por el demandante. Se opuso a las pretensiones proponiendo como excepciones las que denominó prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y enriquecimiento sin causa.

### **LITISCONSORCIO NECESARIO POR PASIVA**

Por auto del 18 de febrero de 2019, el Juzgado de conocimiento dispuso la vinculación al proceso del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, entidad que contestó la demanda señalando que no le consta la mayoría de los hechos y por ende deberán ser probados en el curso del proceso. Acepta el reconocimiento de la pensión de vejez y que para ello se tuvieron en cuenta los tiempos de servicio a esa entidad

desde el 2 de octubre de 1980 hasta el 7 de julio de 1981, advirtiéndole que en su momento aceptó la cuota parte pensional que le corresponde por los 276 días laborados a esa entidad, sin que sea la llamada a atender las pretensiones de la demanda. Como excepciones hace referencia a la falta de legitimación y a la prescripción.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

Mediante sentencia del 24 de junio de 2022, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual, entendiendo que siempre ha estado afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad, recuperando todas las garantías de la afiliación sin la pérdida del régimen de transición. ORDENÓ a PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES de los gastos de administración, seguros y reaseguros y porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima. CONDENÓ a COLPENSIONES al reajuste de la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990, ordenando el pago de una diferencia inicial para 2017 de \$777.327, lo que generó en retroactivo derivado de ese reajuste de \$57`718.998, que deberá ser indexado al momento del pago. Además, condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$1`500.000.

### **DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con lo decidido, la apoderada del demandante presentó recurso de apelación indicando que difiere con relación al retroactivo pensional, atendiendo a la ineficacia del traslado que fue declarada y los efectos que acarrea la misma, eso es, que tanto fáctica como jurídicamente se entiende que no existió la afiliación al RAIS lo que significa que conservó intactas las prerrogativas de las que es beneficiario al estar afiliado al régimen de prima media y al ser

beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 que remite al Decreto 758 del año 1990; lo anterior conlleva a hacer referencia a la causación al retroactivo pensional desde la fecha en que cumplió los requisitos, que es desde el 5 de diciembre de 2011 fecha en que incluso arribó a los 60 años de edad y contaba con más de 1.142 semanas laboradas y cotizadas en su vida laboral o desde el mes de abril de 2014, 3 años antes de la reclamación de pensión, advirtiéndole que se vio en la necesidad de seguir cotizando debido a las múltiples dificultades en su traslado y a la información que en ese entonces había recibido del fondo privado.

Por su parte, el apoderado de PORVENIR S.A. reitera que no hay lugar a qué se declare la ineficacia del traslado realizado por el señor JORGE ALEJANDRO por cuanto su afiliación a COLPATRIA S.A en el año 1998, cumplió con todos los requisitos de ley, esto es, con su firma en el formulario de afiliación, lo que da cuenta de su aceptación de dicho acto jurídico siendo este el único requisito exigido para que dicho acto fuera considerado como válido y eficaz. No obra en el proceso prueba de que se haya coartado la libre escogencia del régimen pensional del demandante y así lo confirmó en su interrogatorio de parte al indicar que no fue obligado a firmar el formulario de afiliación y por el contrario lo hizo de manera libre e informada.

Tampoco deben ordenarse las consecuencias derivadas de la ineficacia del traslado como la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debido a que fue un tema que no quedó establecido en la fijación del litigio y en esa medida desborda las facultades del Juez.

También solicita revocar la condena en costas debido a que la entidad ya había procedido con la devolución de los aportes del demandante a

COLPENSIONES, sin que lo ordenado en este proceso hubiera podido hacerse en sede administrativa de forma automática.

Finalmente, la apoderada de COLPENSIONES se pronunció frente al reconocimiento y pago del reajuste de la pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990, frente a lo cual sostiene que es importante tener en cuenta que una vez revisados los aplicativos de afiliación con los que cuenta la entidad, se evidencia que el demandante se trasladó del RAIS al RPM a partir del 1 de mayo de 2017, por lo tanto, resulta pertinente indicar que el demandante no acreditó los 15 años de servicio o su equivalente en semanas de cotización, es decir las 750 semanas por lo que verificadas la historia laboral de la misma se concluye que al 1 de abril de 1994 contaba con un total de 336 semanas cotizadas, incluyendo todos los tiempos cotizados en otras cajas de lo cual no se permite la conservación y recuperación del régimen de transición contemplando en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De otro lado, solicita se ordene a la entidad porvenir trasladar todos los valores de manera indexada.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:**

En esta instancia, una vez surtido el traslado respectivo, la apoderada de COLPENSIONES se pronunció solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se le absuelva de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Lo mismo ocurre con la apoderada de PORVENIR S.A., quien hizo énfasis en la imposibilidad de que se ordene la devolución de los gastos de administración según concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Finalmente, la apoderada de la demandante presentó sus alegatos de conclusión reiterando los argumentos planteados en el recurso de apelación relacionados con la solicitud de reconocimiento de la

pensión de vejez desde la fecha de cumplimiento de los requisitos legales.

### **CONSIDERACIONES:**

Corresponderá en esta instancia, además de resolver los temas propuestos por los apoderados de la demandante, de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES a través de sus respectivos recursos de apelación, conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de ésta última en lo no recurrido con el objeto de salvaguardar los intereses de dicha entidad, lo que implica revisar la legalidad de la sentencia proferida en primera instancia mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación del señor JORGE ALEJANDRO GIRALDO RUIZ realizada al RAIS, así como las ordenes consecuenciales respecto a los dineros que PORVENIR S.A. queda en la obligación de devolver y el reconocimiento y pago del reajuste pensional que a COLPENSIONES le corresponde efectuar.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado plenamente acreditados, se tiene que: **i)** JORGE ALEJANDRO GIRALDO RUIZ nació el 5 de diciembre de 1951; **ii)** estuvo vinculado al servicio del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA entre el 2 de octubre de 1980 hasta el 7 de julio de 1981 ejerciendo la profesión de MÉDICO; **iii)** se afilió por primera vez al sistema pensional ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones el 30 de noviembre de 1983, acumulando en esa entidad 414 semanas de cotización; **iv)** el 20 de agosto de 1998 suscribió el respectivo formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA S.A., mientras que a PORVENIR S.A. se afilió directamente el 17 de noviembre del año 2000; **v)** el 27 de marzo de 2017 se produjo el retorno a COLPENSIONES; y **vi)** mediante Resolución SUB 209250 del 27 de septiembre de 2017 y con base en ese traslado, COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a partir del 1 de julio de 2017 con fundamento en la Ley 797 de 2003, estableciendo como cuantía de la

prestación la suma de \$2`172.061, luego de que al IBL obtenido de \$3`277.098, le fuera aplicada una tasa de reemplazo de 66.28% por el hecho de acreditar un total de 1396 semanas en toda la vida laboral.

Es indiscutible entonces, que la pretensión principal del demandante con la presente acción judicial, es que se declare ineficaz su traslado al RAIS administrado en este caso por la AFP PORVENIR S.A., para que, consecuentemente, se declare que su afiliación válida es la que corresponde a COLPENSIONES. Lo anterior a pesar de que actualmente el traslado o retorno al RPM ya se haya materializado, aunque no con ello pueda, aún, entenderse que mantiene la garantía del régimen de transición, en caso de que pueda llegar a beneficiarse de él.

Atendiendo a un orden lógico de las cosas, procederá la Sala con el análisis de dicha pretensión para luego, de ser procedente, continuar con el estudio de los demás temas que se plantearon en los recursos como el retroactivo pensional, el reajuste, la devolución de las cuotas de administración, la indexación y las costas, así como los que corresponden en virtud del grado jurisdiccional de CONSULTA que opera a favor de COLPENSIONES.

### **1. Ineficacia de traslado.**

Ahora bien. La diferencia jurídica que se plantea en este caso, consistente en la pretensión de la parte actora en punto que se declare ineficaz el traslado que efectuó desde el Fondo público y común administrado por el ISS, al Fondo privado de ahorro individual, fundada en una insuficiente información por parte de esta última entidad en cuanto a las consecuencias reales de dicha determinación, ha sido materia de múltiples decisiones judiciales orientadas desde la cúspide de la jurisdicción ordinaria laboral.



Si bien es cierto, en principio, tal traslado se hizo como producto de un concurso de voluntades entre personas plenamente capaces, no lo es menos que se presentaba una relación asimétrica en el sentido de que los Fondos privados como agentes del sector financiero de la economía, tenían, desde su creación, el deber legal de suministrarle al afiliado una explicación completa pero concreta, hecha a la medida de la situación particular del interesado, de las consecuencias del traslado y con la esencial finalidad de que este pudiese tomar una decisión informada sobre un aspecto ligado a su proyecto de vida futura.

En efecto, desde la expedición del decreto 663 de 1993<sup>1</sup>, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el que en su Capítulo VIII incluye a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, dispuso dicha obligación en los siguientes términos:

*“Art 97. **Información a los usuarios.** Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claro y objetivo, escoger las mejores opciones del mercado.*

Por su parte, la Ley 100 de 1993 también intervino el punto, pues en su artículo 273 estableció:

*“Art. 271. **Sanciones para el Empleador.** El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor en cada caso y por cada afiliado a una multa, impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin*

---

<sup>1</sup> Norma posteriormente actualizada por la ley 795 de 2003 “*ley por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero*”

*efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador."*

Así mismo, importa señalar al respecto, que la jurisprudencia laboral ha sido consistente, reiterada, pacífica y uniforme desde el año 2008, en señalar que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es un deber exigible desde su creación, advirtiendo, además, que en este tipo de casos la carga de la prueba recae sobre los fondos privados, especialmente por plantearse una afirmación indefinida como lo es el hecho que la persona afiliada no ha recibido la suficiente información, lo que solo puede ser desvirtuado con la prueba positiva por la cual se acredite que tal obligación sí se cumplió.

Tesis que se introdujo desde las sentencias 31.989 y 31.314, ambas del 9 de septiembre de 2008, por cuenta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyas consideraciones se han venido renovando y reiterando con el transcurso de los años a través de múltiples pronunciamientos. Cabe destacar lo que se dijo en aquellas primeras providencias, así, en la Rad. N° 31.989 de 2008:

*"Las administradoras de pensiones tienen el deber de 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. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."*

Del desarrollo jurisprudencial posterior se evidencian algunos ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado y que se resumen en lo siguiente:

- (i) El juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico;
- (ii) El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente, pues ello no demuestra por si solo que se hubiere brindado una información idónea, y se requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado;
- (iii) Le incumbe a la respectiva AFP del RAIS, por inversión de la carga de la prueba, demostrar que en el momento del traslado le suministró al afiliado (a) la información suficiente y completa sobre las consecuencias de tal decisión, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, según el cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo; y
- (iv) No es necesario ser beneficiario del régimen de transición o estar próximo a causar el derecho para que se produzca la ineficacia del traslado.

En el presente caso, no se observan pruebas fehacientes que permitan tener por acreditado que el fondo privado brindó, en el momento del traslado, una información integral de las condiciones subjetivas del afiliado (a), con explicación de las ventajas y desventajas de la reubicación entre regímenes y su incidencia en su caso particular, de tal manera que aquel pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas. Esto es, el Fondo privado incumplió su deber de información, al no suministrar, de modo claro y preciso, las características, consecuencias y efectos del cambio de régimen.

Del interrogatorio de parte que le fuera practicado al afiliado, no se vislumbra confesión alguna respecto del cumplimiento a ese deber de información. Si bien pudo haber recibido algunas explicaciones generales acerca del funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual

y los rendimientos que generarían los aportes acumulados en su cuenta de ahorro individual, ello no significa una asesoría completa, clara, detallada y precisa de todos los alcances de su decisión.

Lo anterior permite dar aplicación al citado artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de que cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social como lo son las AFP, *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”*.

En consecuencia, en este puntual aspecto se confirmará la decisión adoptada en primera instancia.

## **2. Devolución cuotas de administración.**

Como ya se advirtió previamente, en este caso se trata de un regreso al Régimen de Prima que se materializó desde el mes de marzo del año 2017, luego de lo cual PORVENIR S.A. le trasladó a COLPENSIONES el saldo existente de la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluyó lo concerniente a los rendimientos financieros. Ese hecho concreto ocurrió el 21 de junio de 2017 cuando se trasladó la suma de \$168`741.373 según consta en la certificación visible en la página 208 del archivo 03Expediente.

De lo que se duele el apoderado e PORVENIR S.A., es de la decisión impartida en este proceso en el sentido de ordenar, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, la devolución también de las cuotas de administración descontadas durante la época en que estuvo vigente esa afiliación del demandante, lo que dice no haber sido un tema planteado en la fijación del litigio.

Sin embargo, aunque si bien es cierto en ninguna de las pretensiones de la demanda el señor JORGE ALEJANDRO incluyó alguna que estuviera relacionada con la devolución de esas cuotas de administración, COLPENSIONES sí planteó el tema como uno de sus medios exceptivos al proponer la excepción de *“devolución de cuotas de administración en caso de declararse la ineficacia del traslado a favor del actor”*, lo que facultaba al Juez para pronunciarse y adoptar una decisión en tal sentido.

En efecto, en cuanto a la devolución de dineros distintos a los aportes obligatorios, tales como cuotas de administración, seguros previsionales, porcentaje de garantía de pensión mínima u otros conceptos, basta con indicar tal y como lo hizo el Juez de Primera Instancia en su sentencia, siguiendo los múltiples pronunciamientos de la jurisprudencia laboral, que es factible ordenar a las AFP correspondientes, la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas recibidas con ocasión de la afiliación fallida, teniendo en cuenta que no es ello más que una consecuencia natural de la ineficacia del traslado, en tanto las cosas vuelve a su estado anterior, como si el traslado nunca hubiera existido.

En tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la SL4964-2018, SL2877-2020, SL5595-2021 o SL1637-2022, lo siguiente:

*“Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, **la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales**, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia. (...)*

*En el sub lite, **la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos**, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. **Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima**, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."*

Con base en lo anterior, la decisión de primera instancia será confirmada, sin que resulte procedente la declaratoria de prescripción toda vez que no se cumplen las condiciones para tal efecto según ha sido tratado en múltiples providencias como por ejemplo en la sentencia SL 2058 del 4 de mayo de 2022. Además, tampoco puede hablarse de prescripción de los dineros descontados por concepto de cuotas de administración, seguros y reaseguros y fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que cualquier obligación que surja a cargo de la respectiva AFP, como ciertamente lo es la de restituir estos conceptos, se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de la sentencia, sumado al hecho de que tales conceptos están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación, y en consecuencia, al estar ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidas a la prescripción.

### **3. Reliquidación y reajuste pensional.**

La apoderada de COLPENSIONES se opone a la condena impuesta en primera instancia, al considerar que no se cumplen los requisitos de semanas de cotización establecidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para que resulte viable la recuperación del régimen de transición, esto es, que tenga 15 años de servicio o el equivalente a

750 semanas de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, no se puede desconocer que una cosa es la consecuencia derivada del retorno al Régimen de Prima Media en virtud de lo establecido en sentencias como la SU 062 de 2010 o la SU 130 de 2013 y otra cosa es la que se genera por la declaratoria de ineficacia del traslado debido a la falta al deber de información que en su momento debió brindar el fondo privado de pensiones.

En ese primer caso, el análisis está relacionado con aquel grupo de afiliados que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual y perdieron los beneficios del Régimen de Transición como consecuencia de lo establecido en los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que, en casos particulares, esto es, para quienes tuvieran 15 años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994, no les son aplicables ese tipo de limitaciones pudiendo regresar al Régimen de Prima Media, aún si les faltaban menos de 10 años para cumplir tal edad mínima de pensión, es decir, *“en cualquier tiempo”* o sin importar el momento.

Esa no es la situación que se presenta en este caso en el que el señor JORGE ALEJANDRO para esa época solo acredita alrededor de 300 semanas de cotización y por ende no es un criterio que le resulte aplicable o del que se pueda beneficiar.

Su situación se enmarca en la ya señalada ineficacia del traslado o afiliación al Régimen de Ahorro Individual como consecuencia de una indebida asesoría, lo que permite entender, como ficción, que esa vinculación al fondo privado nunca existió y que el afiliado siempre perteneció al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad, es decir, nunca perdió la calidad de beneficiario del régimen de transición por cuanto ese traslado en realidad nunca existió.

Así las cosas, en el presente caso es procedente confirmar la condena por concepto de reajuste de la pensión de vejez en la medida que se cumplen todas las condiciones establecidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 758 de 1990 para su reconocimiento.

Revisado el expediente, se encuentra, en primer lugar, que el señor JORGE ALEJANDRO nació el 5 de diciembre de 1951, lo que significa que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el sector privado, contaba con más de 40 años de edad, lo que, en principio, al tenor de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo ubica en la categoría de beneficiario del régimen de transición.

Ahora bien, vino luego la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, mediante el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional estableciendo en el parágrafo 4º transitorio, que aquel régimen de transición *"... no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014."*

En el caso del demandante, el requisito de edad mínima exigida no estaba cumplido para aquel 31 de julio de 2010, por lo que le era indispensable acreditar 750 semanas al 29 de julio de 2005 para así conservar el beneficio de la transición hasta el año 2014. Y del estudio realizado en esta instancia, se puede concluir, a tono con lo resuelto en primera instancia, que el demandante no solo cumple, de un lado, con los requisitos de esa reforma constitucional para conservar su condición de beneficiario del régimen de transición hasta el año 2014, sino también, de otro lado, con las exigencias propias del Decreto 758 de 1990 para que la pensión de vejez le pueda ser reconocida en un porcentaje de 90% sobre el IBL.



Según la historia laboral expedida por COLPENSIONES consolidada con el reporte de cotizaciones realizado ante la AFP PORVENIR S.A., el señor JORGE ALEJANDRO GIRALDO RUIZ tiene acreditadas en toda su vida laboral, un total de 1396 semanas de cotización, siendo la última la correspondiente al ciclo de junio de 2017 cuando cesó definitivamente sus aportes al sistema.

De ese total de cotizaciones, más de 800 fueron realizadas antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, completando las 750 desde el mes de junio de 2004, mientras que al 31 de diciembre de 2014 cuando se extingue definitivamente la posibilidad de acceder a la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición, contaba con 1293.99 semanas.

En consecuencia, es indudable que el demandante cumple con todos los requisitos para ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990, por acreditar 60 años de edad y más de 1000 semanas de cotización, lo que implica que la decisión de primera instancia deba ser confirmada en tanto se ordenó el reconocimiento pensional con base en una tasa porcentual del 90% por acreditar más de 1250 semanas.

También se observa ajustada a derecho la decisión en cuanto al valor de la mesada inicial que se ordenó pagar, la cual correspondió a una suma superior en \$777.327 con respecto a la ordenada por COLPENSIONES desde el 1 de julio de 2017 y que fue obtenida al aplicar aquel porcentaje indicado de 90% al IBL obtenido y aplicado por la propia COLPENSIONES de \$3`277.098, es decir, una mesada pensional inicial de \$2`949.388.

Ese resultado implica un pago retroactivo causado hasta el mes de junio de 2022 cuando se profirió la sentencia de primera instancia, por valor de \$55`105.256, en lugar de los \$57`718.998 que había ordenado el funcionario de primera instancia y que actualizado hasta

el mes de marzo de 2023 asciende a \$64`771.422 con una mesada pensional actual de \$3`991.681.

REAJUSTE PENSIONAL						
Año	IPC	Valor reconocido	Valor real	Diferencia mensual	# mesadas	Total retroactivo
2017	4,09%	\$ 2.172.061	\$ 2.949.388	\$ 777.327	7	\$ 5.441.289
2018	3,18%	\$ 2.260.898	\$ 3.070.018	\$ 809.120	13	\$ 10.518.556
2019	3,80%	\$ 2.332.795	\$ 3.167.645	\$ 834.850	13	\$ 10.853.046
2020	1,61%	\$ 2.421.441	\$ 3.288.015	\$ 866.574	13	\$ 11.265.462
2021	5,62%	\$ 2.460.426	\$ 3.340.952	\$ 880.526	13	\$ 11.446.836
2022	13,12%	\$ 2.598.702	\$ 3.528.714	\$ 930.011	13	\$ 12.090.148
2023		\$ 2.939.652	\$ 3.991.681	\$ 1.052.029	3	\$ 3.156.087
TOTAL						\$ 64.771.422

Esa diferencia se comprende por el hecho de que en primera instancia se ordenó el reconocimiento de 14 mesadas al año, cuando lo correcto era ordenar 13 mesadas, como en efecto se dispondrá, lo que se hace en virtud del grado jurisdiccional de CONSULTA y con fundamento en el contenido del Acto legislativo 01 de 2005 en el inciso 8º.

4. Retroactivo pensional

Para resolver la cuestión que en este aspecto se plantea, es necesario remitirnos a lo que previamente se dijo respecto del principio de la congruencia que rige en el procedimiento laboral. Lo anterior debido a que en la demanda no se incluyó expresamente la pretensión de retroactivo pensional desde el 5 de diciembre de 2011 fecha en que el señor GIRALDO RUIZ arribó a los 60 años de edad y contaba con más de 1.142 semanas laboradas y cotizadas en su vida laboral o desde el mes de abril de 2014, 3 años antes de la reclamación de pensión efectuada el 24 de mayo de 2017 tal y como se sostiene en el recurso de apelación presentado.

Sin embargo, resulta que el tema fue desarrollado en el hecho décimo segundo de la demanda en el que se cuestiona la fecha de reconocimiento de la pensión y se solicita la prestación desde el 01 de abril de 2014, a lo que COLPENSIONES contestó “No es cierto que se

*le deba reconocer la mesada pensional al actor desde el 1 de abril de 2014 en razón a que, este dejó de cotizar en junio de 2017, por tanto, el contenido de la Resolución N° SUB 209250 de 2017, a través del cual se le reconoció la pensión bajo la égida de la Ley 797 de 2003, está ajustada a derecho, incluyendo la fecha del disfrute de la pensión, la cual fue a partir del 1 de julio de 2017".*

De cualquier modo, el Juez de primera instancia se ocupó de analizar esa posibilidad de retroactivo pensional, advirtiendo que no resultaba procedente debido a que para estos casos se requiere el retiro definitivo del sistema, lo que vino a ocurrir apenas en el mes de junio de 2017.

Según el criterio sostenido en reiteradas ocasiones por éste Tribunal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, existen 2 momentos diferentes en torno al derecho pensional que le asiste al afiliado: el primero de ellos es la causación del derecho, que se da cuando la persona cumple con los requisitos establecidos en la ley para adquirir la pensión; y el segundo, el disfrute mismo de la pensión que se configura cuando la persona se desafilia del sistema o régimen de pensiones.

Se ha dicho, además, que a pesar de que el afiliado tenga cumplidos los requisitos de edad y semanas de cotización exigidos para acceder al derecho pensional, puede continuar cotizando si su intención es obtener un mayor IBL y con ello una mesada pensional superior, casos en los cuales necesariamente deberá tenerse en cuenta hasta la última semana de cotización realizada al sistema.

Sin embargo, también se tiene aceptado que cuando esas cotizaciones posteriores no tienen ninguna incidencia en la mesada pensional, es decir, cuando no implican una mejora en su valor, el reconocimiento pensional es factible hacerlo desde el momento mismo del

cumplimiento de los requisitos mínimos. Lo anterior tiene mayor importancia cuando esas cotizaciones posteriores a las mínimas requeridas son consecuencia de una equivocada decisión de la entidad a la hora de resolver la solicitud pensional del afiliado, que, inducido en error, lo lleva a continuar realizando aportes para, supuestamente, cumplir las condiciones mínimas, cuando en realidad ya estaban satisfechas y habían quedado acreditadas.

En ese sentido, la jurisprudencia ha identificado ciertos casos en los que la aplicación absoluta de la norma no resulta adecuada, como ocurre por ejemplo en el denominado como i) retiro tácito y ii) la inducción en error.

En esta última excepción se centra el estudio del caso bajo examen debido a que resulta claro que la última cotización efectuada al sistema corresponde al mes de junio de 2017 y a que la parte actora alega múltiples dificultades en su traslado y debido a la información que había recibido del fondo privado.

El error es una equivocada o inexacta creencia o representación de la realidad jurídica o material, que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico. En materia pensional la jurisprudencia le ha atribuido consecuencias en el evento en que el afiliado al sistema de pensiones, no obstante haber causado la prestación por reunir los requisitos de edad y tiempo de servicios, y solicitado su reconocimiento en forma oportuna, se ha visto forzado a seguir cotizando debido a una conducta negligente al momento del análisis de la procedencia del derecho, o al negarlo argumentando el déficit de aportes o cotizaciones.

Es decir, se manifiesta una inducción en error derivada de la posibilidad que existe para el afiliado de seguir cotizando luego de tener cumplidos los requisitos mínimos, pero esas cotizaciones posteriores son consecuencia de una equivocada decisión de la

entidad a la hora de resolver la solicitud pensional del afiliado, que, inducido en error, lo lleva a continuar realizando aportes para, supuestamente, cumplir las condiciones mínimas, cuando en realidad ya estaban satisfechas y habían quedado acreditadas.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la 34514 del 1 de septiembre de 2009, 39391 del 22 de febrero de 2011, la 42289 del 5 de junio de 2012, la SL 5603 de 2016, la SL 11895 de 2017 o la SL 415 del 21 de febrero de 2018, rad. 64761, ha desarrollado este criterio, frente a la inducción a error por parte de la entidad. En ellas ha indicado lo siguiente: *“Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos”*.

De la anterior jurisprudencia se extraen entonces los siguientes presupuestos para la configuración de la inducción a error; **i)** la existencia de la manifestación del afiliado tendiente al disfrute de la pensión de vejez, **ii)** la respuesta negligente o errada de la administradora encargada de reconocer la pensión, y **iii)** que ese error de la entidad lleve al afiliado a seguir efectuando cotizaciones, si se quiere superfluas, al sistema.

Elementos que en este caso no se alcanzan a configurar, especialmente por cuanto no existe una decisión de COLPENSIONES mediante la cual se niegue el derecho pensional reclamado. La única resolución que se conoce es la SUB 209250 del 27 de septiembre de 2017 en la que se resuelve la solicitud de pensión radicada el 24 de mayo de 2017; en ella se ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez desde el 1 de julio de ese mismo año.

Finalmente, es necesario recordar la posibilidad legal con que cuentan los afiliados al Sistema General de Pensiones de continuar realizando cotizaciones a pesar de tener cumplidos los requisitos mínimos establecidos para alcanzar una pensión de vejez, lo que cobra sentido cuando se busca aumentar el monto de la mesada pensional en los términos del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

## **5. Costas procesales a cargo de PORVENIR S.A.**

Finalmente, otro tema que cuestiona el apoderado de PORVENIR S.A. a través de su recurso de apelación, tiene que ver con la condena en costas impuesta a su cargo.

Para resolver la inconformidad que plantea la recurrente, basta con señalar que el artículo 365 del Código General del Proceso ratificó el criterio objetivo en cuanto ordena que en los procesos y en las actuaciones posteriores en que haya controversia, se CONDENARÁ en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto, entre otros casos.

Resulta que en este caso PORVENIR presentó oposición a las pretensiones de la demanda alegando entre otras cosas el cumplimiento del deber de información y la validez del acto jurídico de traslado, lo que implica que deba entenderse como entidad vencida en juicio y por ende obligada al pago de las costas procesales

Por todo lo dicho, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada, revocada y modificada.

Sin costas en esta instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**REVOCA** la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, el día 24 de junio de 2022 en cuanto ordenó el reconocimiento al demandante de 14 mesadas al año, para en su lugar **ORDENAR** el pago de 13 mesadas conforme lo visto en la parte motiva de la presente providencia. En consecuencia, el valor del retroactivo pensional causado desde el 1 de julio de 2017 derivado del reajuste en la pensión de vejez que se ordenó, actualizado hasta el mes de marzo de 2023, asciende a la suma de \$64`771.422, con una mesada pensional actual de \$3`991.681.

En todo lo demás se **CONFIRMA** la sentencia.

Sin costas en esta instancia.

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

John Jairo Acosta Perez  
Magistrado  
Sala Laboral  
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez  
Magistrado  
Sala Laboral  
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Francisco Arango Torres  
Magistrado  
Sala Laboral  
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **53fd23c18ccbd5a5e8b8ae89c6cf0629611219352d6da2e06820c101e4483e78**

Documento generado en 16/03/2023 01:24:44 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**