

**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN**



**SALA LABORAL**  
**Acta N°048**

Medellín, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelven los recursos de apelación interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **HUGO ALBERTO RESTREPO ESPINAL** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

De acuerdo a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita.

**ANTECEDENTES**

**Pretensiones**

El demandante solicita que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS a través de **Porvenir S.A.**; y, en consecuencia, se condene a esta administradora a trasladar a **Colpensiones** todos los aportes realizados, y a esta última administradora a tenerlo como su afiliado para efectos pensionales reconociéndole la pensión de vejez por actividades de alto riesgos, los intereses moratorios, o en subsidio la indexación.

Así mismo, se condene a **Porvenir S.A.** a reconocer y pagar el pago de la indemnización de perjuicios.

**Hechos**

Como fundamento de sus pretensiones indica que nació el **21 de septiembre de 1961** y fue afiliado al **ISS** hoy **Colpensiones** entre el 28 de octubre de 1982 y el 30 de junio de 2009 cotizando un total de 951,71 semanas.

El **28 de mayo de 2009** se trasladó al RAIS administrado por **Porvenir S.A.**, sin que por parte de esta administradora se le entregara información acerca de las diferencias existentes entre el régimen privado y el RPM, así como sus ventajas y desventajas comparativas.

A la fecha de interposición de la demanda contaba con 1450 semanas cotizadas y dado que laboró en actividades de alto riesgo durante 1008,57 semanas.

El día **8 de febrero de 2016**, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez por alto riesgo a **Colpensiones**, sin que a la fecha esa AFP haya dado una respuesta.

### **Respuesta Colpensiones**

**Colpensiones** a través de apoderada indicó que es cierta la fecha de nacimiento del demandante y su afiliación a **Porvenir S.A.**, sin que le consten los demás hechos, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la ineficacia de traslado, devolución de cuotas de administración, inexistencia de la obligación de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, inexistencia de intereses moratorios, improcedencia de la indexación de las condenas, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y compensación.

### **Respuesta Porvenir S.A.**

Por su parte **Porvenir S.A.** a través de apoderado indicó que es cierto que el demandante se vinculó a esa AFP, precisando que su afiliación fue realizada de manera libre, voluntaria y sin presiones, luego de que se le brindara una asesoría completa sobre el RAIS y las diferencias con el RPM, referente a los demás hechos manifestó que no le constan.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: prescripción, cobro de lo no debido y buena fe.

### **Remisión del expediente**

Mediante auto del 19 de abril de 2021, en cumplimiento de medida contenida en Acuerdo PCSJA20-11650 del 28 de octubre de 2020, el expediente fue

remitido para conocimiento del Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín.

### **Sentencia de primera instancia**

La Juez Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del **6 de febrero de 2023**, declaró la ineficacia del traslado al RAIS; y en consecuencia, **ordenó a Porvenir S.A.**, que, el término de un mes a partir de la ejecutoria de la decisión traslade a **Colpensiones** los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen y deberán normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP.

Igualmente, **condenó a Colpensiones** a reactivar la afiliación al RPM del demandante y reconocer la pensión especial de vejez por alto riesgo, bajo las reglas del Decreto 1281/1994, a razón de 13 mesadas al año. El IBL se calculará en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y la tasa de reemplazo de conformidad con el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, el retroactivo se reconocerá a partir de la fecha de desafiliación al sistema.

Por último, absolvió a **Porvenir S.A.** y a **Colfondos S.A.** de la pretensión de reconocer y pagar de la pretensión encaminada al reconocimiento y pago de perjuicios.

Esta decisión no la compartieron los apoderados de las partes motivo por el cual la recurrieron en los siguientes términos:

### **Recurso apelación Demandante**

El apoderado del actor solicita que se **revoque parcialmente** la decisión de primera instancia, puesto que se debió reconocer la indemnización de perjuicios solicitada a cargo de **Porvenir S.A.** teniendo en cuenta que se cumple con los presupuestos de congruencia para pronunciarse respecto de la indemnización de perjuicios consistente en el pago del retroactivo que le

hubiese correspondido al actor de haberse mantenido afiliado al RPM, por cuanto se trató de un tema discutido y probado.

En ese sentido teniendo en cuenta que se cumplen los presupuestos de responsabilidad por parte de **Porvenir S.A.** consistentes en la existencia de i) una conducta ii) culposa, iii) que generó un daño a título de lucro cesante y iv) la existencia de un nexo causal, debiendo ordenar la indemnización del perjuicio causado de conformidad con el artículo 2341 del Código Civil.

### **Recurso de Porvenir S.A.**

La apoderada de **Porvenir S.A.** solicita que se **revoque** en su totalidad la decisión de primera instancia, puesto que, el demandante realizó su traslado de régimen pensional con pleno conocimiento y de manera libre e informada, sin que a la fecha de afiliación del actor existieran los estándares de información fijados por la jurisprudencia.

En lo referente con la devolución de los gastos de administración expresa que la misma no debe ser ordenada, toda vez que esa entidad cumplió con sus funciones generando rendimientos e invirtiendo parte de las mismas en el pago de las primas de seguros de invalidez y muerte.

Con respecto de la indexación de los conceptos que integran los gastos de administración señala que no proceden como quiera que para estos efectos se están entregando unos rendimientos que resultan muy superiores.

Finalmente, solicita que no se condene en costas a su representada, puesto que, su actuar fue de buena fe.

### **Alegatos de conclusión**

Corrido el término de traslado, la apoderada de **Colpensiones** solicitó que en el evento de que se confirme la decisión de primera instancia se ordene a la administradora del RAIS la devolución de todas las sumas y conceptos recibidos en virtud de la afiliación del demandante, los cuales deben ser indexados y con cargo al patrimonio de la administradora privada.

Por su parte, la apoderada de **Porvenir S.A.** solicitó que se revoque la decisión de primera instancia, señalando que esa AFP cumplió con el deber de información bajo los parámetros que le eran exigibles al momento de realizarse la afiliación.

Además, el actor tuvo la oportunidad de retornar al RPM durante el tiempo que estuvo vinculado al RAIS, sin que lo hiciera en aquel momento y solo una vez conocida la diferencia pensional y bajo ese móvil inicia una acción judicial para desconocer los efectos de su vinculación.

En lo referente a los conceptos que se ordenó trasladar en la primera instancia, solicita que no condene al retorno de conceptos diferentes a los establecidos en el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000, toda vez que, de los conceptos que integran los gastos de administración y su indexación desconoce que se realizó una gestión por parte del fondo de pensiones y se obtuvo unos rendimientos.

## CONSIDERACIONES

### Problema jurídico

Los problemas jurídicos a resolver en esta segunda instancia conforme con los recursos de apelación interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta, serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen del demandante resulta o no eficaz, (ii) Establecer cuáles son las consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia, (iii) si operó la prescripción, (iv) revisar si el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por alto riesgo, (v) Determinar si procede la indemnización de perjuicios a cargo de **Porvenir S.A.** y (vi) Establecer si procede la condena en costas a cargo de **Porvenir S.A.**

### Pruebas relevantes

Antes de resolver considera la Sala importante realizar las siguientes precisiones de conformidad con las pruebas que obran en el expediente:

1. El señor **Hugo Alberto Restrepo Espinal** nació el **21 de septiembre de 1961** (03/pág.23).
2. Según se observa en la historia laboral expedida por **Colpensiones** el 6 de agosto de 2019, el actor cotizó a esa administradora un total de 951,86 semanas entre el 28 de octubre de 1982 y el 30 de junio de 2009 (10/págs.14-16).
3. De conformidad con certificación expedida por el empleador **Minera Las Brisas S.A.**, el demandante prestó sus servicios para esa sociedad

entre el 8 de agosto de 1988 y el 19 de marzo de 2008 en el cargo de soldador (03/pág.37).

4. Según oficio remitido por la ARP del ISS a la **Minera Las Brisas S.A.** el día 27 de octubre de 2003, teniendo en cuenta la exposición a altas concentraciones de asbesto existentes en el ambiente en que debían prestar el servicio sus trabajadores en la mina a campo abierto y las bodegas ubicadas en el Municipio de Yarumal se debía realizar cotizaciones por Alto Riesgo (03/pág.38).
5. El día **28 de mayo de 2009**, el señor **Restrepo Espinal** diligenció formulario de traslado de régimen pensional al RAIS administrado por **Porvenir S.A.** (03/pág.86), vinculación efectiva desde el 01 de julio de 2009 (13/pág.25).
6. Según historia laboral expedida por **Porvenir S.A.** el día **20 de enero de 2020**, el demandante aportó a esa administradora un total de 530 semanas hasta el ciclo de diciembre de 2019 (13/págs.28-38).
7. El día **8 de febrero de 2016**, el actor solicitó ante **Colpensiones** el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por alto riesgo (03/págs.99-102).

Efectuadas las anteriores precisiones procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento:

### **El precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional**

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL4426 de 2019, SL2611 de 2020, SL2877 de 2020, SL782 de 2021 y SL-5680 de 2021.

En las providencias citadas el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: (i) desde la fundación de las AFP, segundo momento, (ii) desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241

de 2010 y (iii) a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS se realizó a través de **Porvenir S.A.** el día **28 de mayo de 2009**, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual la jurisprudencia en interpretación del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 ha exigido la demostración por parte de las administradoras de pensiones del cumplimiento del deber de entregar una información necesaria y transparente, conceptos que se explican en la sentencia SL-1452-2019 de la siguiente forma:

**Información necesaria:** consistente en la 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, lo que implica un comparativo entre las vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

**Transparencia:** La AFP a través de su promotor debe comunicar a su potencial afiliado en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios.

El anterior deber trae en lo procesal una carga que recae en la administradora de pensiones, y es demostrar que suministró al posible afiliado una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen, para solo a partir de este conocimiento concluir que se garantizó su derecho al ejercicio de una libre selección de régimen pensional.

Sobre la **carga de la prueba** es importante la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada -la de que no recibió información- y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado.

En lo que respecta al caso de autos, **Porvenir S.A.** sostuvo al contestar la demanda que cumplió con el deber de entregar a su posible afiliado una información suficiente, completa y veraz, sin embargo, más allá de esta afirmación no se trajo al proceso elementos que den cuenta que al señor **Restrepo Espinal** le fueran puestas de presente las características del RAIS y sus diferencias fundamentales con el RPM, lo que resultaba fundamental para predicar la eficacia de su vinculación, debiendo recordarse que la suscripción de este documento apenas implica que hubo un consentimiento libre de vicios<sup>1</sup> pero no informado.

Sobre las obligaciones que recaen en las administradoras de pensiones es bastante ilustrativa la sentencia SL-782 de 2021, donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que:

...i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

A partir de lo anterior, encuentra la Sala que al no demostrar **Porvenir S.A.** que cumpliera con su deber de informar, la consecuencia es que la afiliación efectuada a este fondo devenga ineficaz de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por lo que se **confirmará** el fallo de primera instancia en este punto.

### **De los efectos de la ineficacia**

La Juez de primera instancia condenó a **Porvenir S.A.** a trasladar a **Colpensiones** los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

---

<sup>1</sup> Sentencias SL-4426-2019, SL-782 de 2021 y SL-1743 de 2021.



A estas condenas se opuso la apoderada de **Porvenir S.A.** bajo 2 argumentos: (i) los gastos de administración fueron invertidos en el cumplimiento de una gestión que generó rendimientos para el afiliado por lo que tienen derecho a conservarlos y (ii) las sumas descontadas por seguros previsionales fueron pagadas a las aseguradoras para cubrir las contingencias de invalidez y muerte.

Con el fin de dar respuesta a estos argumentos y de paso resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor a **Colpensiones**, es relevante recordar que en este caso se está aplicando la ineficacia, como respuesta jurídica del ordenamiento jurídico por la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto, no produzca ningún efecto.

En ese orden, es importante hacer énfasis en lo enseñado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, en la que indicó que: la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una **ineficacia en sentido estricto**, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.

Siguiendo esta enseñanza la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que las AFP que se beneficiaron de ello trasladen a **Colpensiones**, todos los conceptos que recibieron, puesto que, los mismos serán utilizados para la financiación de la eventual pensión de vejez a la que tenga derecho el demandante.

La forma en que se debe interpretar el artículo 1746 del Código Civil, es bien explicada en la sentencia SL-2877-2020, en la que al respecto se expresó:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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 el 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.

En virtud de lo expuesto para la Sala es claro que durante el periodo en que el actor estuvo vinculado a la administradora del RAIS, se privó a **Colpensiones** del cobro de los gastos de administración en su favor, y en ese orden el restablecimiento de las cosas a su estado inicial no puede perjudicar al fondo de naturaleza pública, porque precisamente con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta entidad tiene derecho a recibir 3 puntos porcentuales del aporte por gastos de administración, concepto que no fue recibido como consecuencia del acto declarado ineficaz.

Finalmente, en lo que toca con lo pagado por primas de seguros previsionales, debe indicarse que tales pagos obedecieron a la vinculación declarada ineficaz y en tal sentido hay una disminución en el valor del porcentaje de debió corresponder a **Colpensiones**, desmejora que deben asumir los fondos de pensiones del RAIS, y es por ello que la jurisprudencia ha indicado que deben ser reconocidos con cargo a su patrimonio y debidamente indexados, siendo un claro ejemplo de esta tesis la reciente SL-755-2022.

Así las cosas, queda resuelto el recurso presentado por la apoderada de **Porvenir S.A.**, indicando que se desestima su solicitud, sin embargo, siendo este un aspecto conocido en el grado de consulta es necesario dejar algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia y en ese sentido, esta Sala a partir del precedente jurisprudencial ha identificado los siguientes:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup>Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador<sup>3</sup>.
3. Los **gastos de administración**<sup>4</sup>, concepto consagra en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales, primas de seguros del Fogafín y la comisión correspondiente a la AFP por su gestión.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a **Colpensiones**, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios<sup>5</sup>, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones<sup>6</sup>.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016<sup>7</sup>.

A partir de lo explicado, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia con respecto a los conceptos que deberán ser trasladados por **Porvenir S.A.** a **Colpensiones** motivo por el cual se **confirmará** la decisión de primera instancia, adicionándola en cuanto a la condena impuesta para

---

<sup>3</sup>Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

<sup>4</sup>Se deben asumir por el fondo de pensiones con cargo en su propio patrimonio y de forma indexada. En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

<sup>5</sup>Sentencia SL-4360-2019.

<sup>6</sup>Sentencia SL-2877-2020.

<sup>7</sup>En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL 2877-2020, CSJ SL-936-2021, CSJ SL-938-2021, CSJ SL-1410-2021CSJ y SL1442-2021.

precisar que la orden trasladar lo cobrado por gastos de administración deberá incluir lo descontado por reaseguro del Fogafín, concepto que deberá ser indexados al momento de su traslado.

### **De la devolución del bono pensional a Colpensiones**

Conforme con lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales constituyen un aporte para conformar el capital que requieren los afiliados del Sistema General de Pensiones para financiar la pensión.

Los bonos tienen varias clasificaciones; importando para el caso que se resuelve el tipo A, que corresponden al afiliado que se traslada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

Este mecanismo de financiación de la pensión antes de su pago debe surtir varias etapas entre las que se encuentran la emisión, expedición, redención y pago, en el caso estudiado, se desconoce en qué etapa se encuentra el eventual bono, por lo que en el caso de que el mismo haya sido recibido por **Porvenir S.A.**, lo procedente no es su traslado a **Colpensiones**, sino la inmediata restitución a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación, por lo que en este aspecto se **revocará** el fallo consultado.

### **De la excepción de prescripción**

En lo que tiene que ver con la prescripción, encuentra la Sala que esta excepción no está llamada a prosperar, puesto que, la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos. En este sentido se remite a la lectura de las sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 2021.

### **De las cotizaciones por la actividad de alto riesgo para la salud del trabajador**

Según lo establece el artículo 2 del Decreto 2090 de 2003<sup>8</sup>, se consideran como actividades de alto riesgo, entre otras: los trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas, por lo que el trabajador que desempeñe estas labores (por las que se debe efectuar una cotización especial por parte del

---

<sup>8</sup> Norma cuya vigencia fue prorrogada a través del Decreto 2655 de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2024.

empleador) tendrá derecho a disfrutar de una pensión de vejez en condiciones diferentes a las establecidas en el régimen general de pensiones.

En lo que refiere a estas cotizaciones especiales, es importante diferenciar tres momentos: (i) antes de la vigencia del Decreto 1281 de 1994, (ii) vigencia del Decreto 1281 de 1994- 23 de junio de 1994 a 27 de julio de 2003, y (iii) después de la vigencia del Decreto 2090 de 2003-28 de julio de 2003 en adelante.

**Antes de la vigencia del Decreto 1281 de 1990:** El artículo 15 del Decreto 758 de 1990, estableció que tendrían derecho a la pensión de vejez por alto riesgo, los trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas, para lo cual las dependencias de salud ocupacional del **ISS** calificarían, en cada caso, la actividad desarrollada previa investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición, de suerte que no se exigía que se efectuaran cotizaciones adicionales sino la existencia efectiva del riesgo.

Con relación a este tema, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 38948 del 29 de mayo de 2012, manifestó:

También alude la demandada en la apelación a que no se hizo la cotización adicional para pensiones especiales de vejez conforme al Decreto 1281 de 1994. Para rechazar ese argumento basta acotar que todas las cotizaciones para actividad de alto riesgo las hizo el afiliado antes de la vigencia de dicha normatividad, por lo que mal podría exigirse en este caso el cumplimiento de un porcentaje de cotización adicional.

En este aspecto el Alto Tribunal además precisó que, la calificación de Salud ocupacional por parte del **ISS**, no es una prueba solemne, por lo que la actividad de alto riesgo se puede acreditar a través de cualquier medio, en ese sentido en la sentencia SL-5241 de 2018, se dijo:

La exposición por parte del trabajador a factores de alto riesgo que abren la puerta a la concesión de una pensión especial, puede demostrarse con cualquiera de los medios probatorios autorizados por la ley, pues no hay tarifa legal.

Aplicados estos precedentes al caso estudiado, lo primero que se advierte es que el empleador **Minera Las Brisas S.A.**, conforme se lee en comunicación del 27 de octubre de 2003 proveniente de Protección Laboral del ISS, tenía

lugares con alta concentración de asbesto en el ambiente por lo que debían transitar sus trabajadores, por lo que se le conminó a realizar cotizaciones por alto riesgo.

En el caso particular del señor **Restrepo Espinal**, se observa en informe de vigilancia epidemiológica del 3 de mayo de 2007, que estaba expuesto a material particulado, por lo que el 12 de abril le fue practicada radiografía con el fin de determinar la presencia de asbestosis (30/págs.43-46). Además de este informe se trajo al proceso el testimonio del señor **Dairo de Jesús Cano Duran** y **Conrado Echavarría**, quienes informaron que conocieron al demandante desde que este ingresó a **Minera Las Brisas S.A.** en el año 1988 y saben que laboró hasta 2008, que este era soldador y que desarrollaba su labor en la mina de asbesto, teniendo contacto directo con este material.

De las pruebas reseñadas emerge claro para la Sala que el demandante, desde el comienzo de su vinculación laboral (9 de septiembre de 1988) con la empresa **Minera Las Brisas S.A.**, estuvo expuesto al asbesto, situación que se mantuvo en el tiempo hasta la terminación de la relación laboral el día **19 de marzo de 2008**, encontrando por tanto que las semanas laboradas con anterioridad a la vigencia del Decreto 1281 de 1994 deben contabilizarse como de exposición al alto riesgo.

En ese orden en el periodo comprendido entre el **9 de septiembre de 1988** y el **31 de mayo de 1994**, el actor cuenta con un total **249,43** semanas cotizadas, por el empleador **Minera Las Brisas S.A.**

**Vigencia del Decreto 1281 de 1994:** El artículo 5 de esta disposición, previó que en las actividades de alto riesgo estaba obligado el empleador a cotizar un porcentaje adicional de 6 puntos sobre la cotización general de la Ley 100 de 1993, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que cuando estas cotizaciones no se encuentren por causa imputable al empleador, pero el trabajador pruebe que se desempeñó en una labor catalogada como de alto riesgo, estas deberán ser contabilizadas para tal efecto, sin que se aplique en este caso la tesis del incumplimiento del deber de cobro por parte de la administradora de pensiones, sino bajo la aplicación de la premisa de que al existir unidad en el riesgo de vejez y en la prestación, al haberse efectuado la afiliación y pagado las cotizaciones ordinarias, el empleador estaba subrogado en el riesgo de vejez, independientemente de la modalidad que éste adopte (Sentencia SL9013-2017).

En el caso que se estudia se encuentra que en vigencia del Decreto 1281 de 1994 hubo exposición del actor al alto riesgo como se dejó claro en el acápite

anterior, por lo que dentro del periodo comprendido entre el **1 de junio de 1994** y el **31 de julio de 2003**, deben contabilizarse **469,71 semanas**, dentro de las que se incluyeron 8,57 en mora de los ciclos 199905 y 200009.

**Después de la vigencia del Decreto 2090 de 2003:** Luego del 28 de julio de 2003, el monto de la cotización se incrementó a 10 puntos adicionales a cargo del empleador más el porcentaje de cotización establecido en la Ley 797 de 2003, siendo aplicable en cuanto a la prueba del alto riesgo el precedente enunciado con anterioridad y que se contiene en la Sentencia SL9013-2017.

En el caso bajo examen, se tiene que el empleador **Minera Las Brisas S.A.** con quien laboró el actor entre el **1 de agosto de 2003** y el **19 de marzo de 2008**, solo efectuó el pago de los 10 puntos adicionales por 47,14 semanas entre los ciclos de febrero y diciembre de 2004, por lo que sobre los restantes existe la obligación de pago del empleador y el cobro por **Colpensiones**, debiéndose contabilizar **183,34 semanas**, cifra dentro de la que se incluyen 64,35 semanas en mora por los ciclos 200501 a 200506 y 200510 a 200606.

Una vez sumado el total de semanas que el actor laboró en semanas de alto riesgo se encuentra que estas ascienden a **902.48** semanas.

### **Cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por desempeño de actividades de alto riesgo**

Atendiendo a que el señor **Agudelo Pérez** contaba con más de 500 semanas laboradas en alto riesgo –en concreto 719 semanas- a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 -28 de julio de 2003-, tiene derecho a que se le apliquen las condiciones para acceder a la pensión de vejez consagradas en el Decreto 1281 de 1994 una vez cumplido el requisito de semanas de cotización de la Ley 797 de 2003, transición explicada por la Sala Laboral de la Corte en la Sentencia SL-1225-2021, en la que se indicó:

Esta Sala en sentencia CSJ SL1353-2019, reiterada en CSJ SL999-2020 y CSJ SL042-2021, precisó el alcance de la anterior disposición y señaló que para hacerse a dicha transición se debe acreditar el requisito señalado en el primer inciso, esto es, las 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo a 28 de julio de 2003, sin que sea necesario, adicionalmente, el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cuanto «las exigencias adicionales del parágrafo del artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003, son desproporcionadas y contrarias a la finalidad del régimen especial y transitorio para acceder a la pensión de vejez».

En ese orden, atendiendo a que el actor cumple con las condiciones para la transición y que además cumplió el mínimo de aportes exigido en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, para el mes de diciembre de 2015, le es aplicable el Decreto 1281 de 1994 que para efectos de la causación de la pensión establece como requisitos haber cumplido 55 años de edad y cotizado un mínimo de 1000 semanas, condiciones que el señor **Agudelo Pérez** reunía para el **21 de septiembre de 2016**<sup>9</sup> cuando arribó a la edad.

En este punto, se debe anotar que no se advierte que el demandante pudiera acceder a la pensión especial por alto riesgo a una edad inferior, puesto que, el número total de semanas laboradas en alto riesgo fue de 908, no existiendo semanas que excedan las 1000 que le permitan la reducción de la edad.

A partir de lo anterior considera la Sala que fue acertada la decisión de primera instancia en cuanto declaró causa el derecho desde el **21 de septiembre de 2016**, por lo que en este aspecto se confirmará la decisión consultada.

### **Del disfrute de la prestación**

En lo que tiene que ver con el disfrute de la pensión punto que es objeto de recurso por el apoderado del demandante, se debe recordar que de conformidad con los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, el mismo se da a partir del retiro del sistema de pensiones, normas que operan no obstante la calidad especial que tiene la pensión de vejez de alto riesgo, puesto que, como lo indicará la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2807-2018, la diferencia entre la pensión de vejez y la especial por alto riesgo radica en la anticipación de la edad que se da en la segunda, en razón de la afectación en la salud del trabajador, estando el disfrute de la prestación en ambos casos sometida al retiro del sistema.

Este criterio fue mantenido en las sentencias SL472-2018 y SL5105-2018 en las que se precisó que es necesaria la existencia de la desafiliación al sistema para establecer el disfrute de la pensión de alto riesgo, en la última de las citadas se dejó claro que el número de semanas tenido en cuenta para la causación de la pensión y aquellas con las cuales se liquida el valor deben ser las mismas, por lo que en este aspecto puntual que se revisa en consulta en favor de **Colpensiones** se encuentra que resulto acertada la decisión de primera instancia por lo que se **confirmará**.

### **De la condena en perjuicios a cargo de la administradora del RAIS**

---

<sup>9</sup> Nació el **21 de septiembre de 1961** (03/pág.23)



El apoderado de la parte demandante solicita que se **condene a Porvenir S.A.** a reconocer y pagar al demandante a título de lucro cesante el retroactivo pensional que de haber estado afiliado a **Colpensiones** habría percibido desde la fecha de causación del derecho.

La juez de primera instancia, se abstuvo de pronunciarse respecto de esta pretensión bajo la consideración de que la misma no fue objeto de discusión y prueba en la primera instancia lo que rompe el marco de congruencia de la sentencia, argumento que es debatido por el apoderado del actor indicando que, por tratarse de una discusión presentada en los alegatos de conclusión, la juez de primera instancia estaba obligada a pronunciarse respecto de la misma.

En lo referente a este punto la Sala encuentra que desde la misma presentación de la demanda la parte actora solicitó el reconocimiento de perjuicios a cargo de **Porvenir S.A.** (03/pág.04), además de que en la fijación del litigio fue incluida esta pretensión, por lo que no encuentra la Sala que se desconozca la congruencia, siendo necesario determinar si demostró el demandante los elementos de la responsabilidad para que la AFP demandada debe reconocer la indemnización del perjuicio causado, puesto que conforme la actual línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, es posible que los afiliados que soliciten la ineficacia del traslado, acumulen en su demanda el reconocimiento de los perjuicios generados por el acto controvertido, estando a su cargo la prueba de los mismos. En ese sentido se dijo en la reciente SL-5174 de 2021, lo siguiente:

Y es que la Corte no niega la posibilidad de reclamar perjuicios frente a una eventual declaratoria de ineficacia del traslado, siempre y cuando ellos sean reclamados dentro del proceso y se encuentren debidamente acreditados. Lo que se ha dicho es que no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados, porque frente a ese grupo en particular, ya no es posible retrotraer el estado de las cosas al punto en que se encontraban antes del dicho cambio, porque entre otras razones, ya hay situaciones consolidadas y podría afectarse a terceros de buena fe y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando, se insiste, se hayan reclamado, probado y no estén prescritos (CSJ SL373-2021).

El presupuesto de prueba del daño ya había sido advertido desde la sentencia SL-1689 de 2019, en la que la Sala de Casación Laboral como tribunal de instancia, al estudiar la pretensión de perjuicios presentada por el accionante,

señaló que no era posible acceder a la misma en la medida que no existía prueba cierta de su causación.

En esa medida, resulta claro que es carga del afiliado demandante demostrar cual fue el daño ocasionado y que pretende le sea indemnizado, puesto que, la sola afirmación de haberlo sufrido, incluso proceder a cuantificarlo en su demandada no es prueba de su existencia, sin que por lo demás este sea presumible.

Para explicar mejor esta afirmación es importante hacer mención de lo explicado por el profesor Juan Carlos Henao<sup>10</sup> en su obra “El daño”, cuando expresa:

No basta, entonces, que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia de un daño, porque “el demandante no puede limitarse, si quiere sacar adelante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo probatorio”, que por lo demás no pueden ser valoradas “como si se tratara de hechos notorios o presumibles, y no de situaciones cuya comprobación, por mandato legal, le correspondía al demandante.

En el caso de autos, el apoderado recurrente concreta el daño en el valor de las mesadas que le habrían correspondido desde el **21 de septiembre de 2016** de haber estado afiliado al RPM, sin embargo, esta afirmación se basa en un hecho hipotético y desconoce que el demandante durante este periodo continuó laborando y efectuando cotizaciones al sistema de pensiones, mismas que servirán para incrementar el porcentaje de su tasa de reemplazo, por lo que en tal sentido no se demuestra el daño causado, debiéndose exonerar a la demandada del reconocimiento de esta pretensión, por lo que en este punto se **confirmará** la decisión absolutoria de primera instancia.

### **De la procedencia de la condena en costas**

Con respecto a la solicitud de la apoderada de **Porvenir S.A.** de que se absuelva a su representada del pago de costas, toda vez que actuó de buena fe, se debe indicar que las costas son una imposición objetiva que se deriva de la pérdida del proceso o el recurso, según lo establece el artículo 365.1 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPT y SS.

Con respecto a la conducta subjetiva de las partes como elemento para la condena en costas tuvo oportunidad de pronunciarse la Corte Suprema de

---

<sup>10</sup> HENAO, Juan Carlos. *El Daño*. Ed. Universidad Externado. Bogotá. 1999. Págs.39-40

Justicia en sede de instancia en la sentencia SL-8771-2015, en la que, a este respecto, señalo:

De ahí que la argumentación del Instituto, basada en el actuar precedido de la buena fe y la conducta procesal del demandado, no sirve de fundamento para exonerar de las costas a la parte vencida, pues la fijación de las costas está sustentada en criterios legales y objetivos.

En ese orden y como quiera que **Porvenir S.A.** resultó vencida en juicio, dado que no prosperaron las excepciones propuestas, resulta objetiva la condena en costas y en tal sentido se **confirmará** la sentencia de primera instancia

### **Costas**

Sin costas en esta instancia.

### **Decisión**

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por la Juez Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, el día **6 de febrero de 2023**, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **HUGO ALBERTO RESTREPO ESPINAL** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, **REVOCANDOLA** con respecto a la orden de devolución del bono pensional a **COLPENSIONES**, debiendo **PORVENIR S.A.** en caso de contar con sumas pagadas por este concepto restituirlas a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral segundo en cuanto a la condena impuesta para precisar que la orden trasladar lo cobrado por gastos de administración deberá incluir lo descontado por reaseguro del Fogafín, concepto que deberá ser indexado al momento de su traslado.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

Radicado 05001-31-05-011-2019-00229-01  
Radicado Interno: P0322323  
Asunto: Confirma, adiciona y revoca sentencia

La anterior decisión se notifica por **EDICTO**.

**LOS MAGISTRADOS**



**CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA**



**HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ**



**GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**

Radicado 05001-31-05-011-2019-00229-01  
Radicado Interno: P0322323  
Asunto: Confirma, adiciona y revoca sentencia



**SECRETARÍA SALA LABORAL**

**EDICTO VIRTUAL**

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

<b>Proceso</b>	Ordinario
<b>Demandante</b>	Hugo Alberto Restrepo Espinal
<b>Demandado (s)</b>	Porvenir S.A. y Colpensiones
<b>Radicado</b>	05001-31-05-011-2019-00229-01
<b>Decisión</b>	Confirma, adiciona y revoca sentencia
<b>Magistrado ponente</b>	Carmen Helena Castaño Cardona

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

**CONSTANCIA DE FIJACIÓN**

Fijado el 31 de marzo de 2023 a las 8:00am

**CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN**

Se desfija el 31 de marzo de 2023 a las 5:00pm

**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
SECRETARIO