

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	ELIZABETH ORTIZ VAQUERO
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PORVENIR
RADICADO	05001-31-05-003-2021-00570-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Revoca, Adiciona y confirma.

Medellín, dieciocho (18) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede la Sala a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **ELIZABETH ORTIZ VAQUERO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y la **AFP PORVENIR S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 010**, 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 parte demandante y de la AFP PORVENIR, contra la sentencia que profirió el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en la

audiencia pública celebrada el día 20 de noviembre de 2023, y, a su vez, conocer dicha sentencia en grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, 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 se afilió al ISS administrado hoy por Colpensiones, y que posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP PORVENIR S.A., en donde permanece actualmente.

Se duele que el asesor ejecutivo 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.

Indicó que, la demandante tiene más de 57 años de edad y más de 1.300 semanas de cotización, por lo que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, es beneficiaria de la pensión de vejez.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por la administradora del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a la AFP trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por la actora, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas, aceptar a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral, y condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio.

También solicitó que, si para el momento en que se profiera el fallo la demandante cumple con la totalidad de requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez en el RPM, se ordene el reconocimiento y pago de la misma, previo el traslado de régimen de la demandante de PORVENIR a COLPENSIONES.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las accionadas a dar respuesta a la misma por intermedio de sus respectivos apoderados judiciales.

COLPENSIONES describió el traslado de esta acción, según consta en el archivo PDF 08, incorporado al expediente digital, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de esta acción y propuso las excepciones perentorias que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADO ENTRE RÉGIMENES PENSIONALES, IMPOSIBILIDAD DE APLICAR PRECEDENTE JUDICIAL Y LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO A LA AFP, PROTECCIÓN y PORVENIR, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP PORVENIR ANTE COLPENSIONES EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, DECRETO 720 DE 1994 - RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE PENSIONES EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA, EQUIVALENCIA DEL AHORRO O DIFERENCIAS PENSIONALES, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DEBIDAMENTE INDEXADAS, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES MORATORIOS, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE DE COLPENSIONES, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”*

Por su parte la AFP PORVENIR S.A., a través de la contestación allegada (PDF 13 del expediente digital), negó los hechos de la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *“PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE”*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 20 de noviembre de 2023, el Juez de conocimiento, dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR que la AFP PORVENIR S.A faltó a su obligación de dar información veraz, clara y oportuna a la señora ELIZABETH ORTIZ VAQUERO identificada con c.c nro. 43.084.465 al momento de realizar su traslado del RPM al RAIS. SEGUNDO: DECLARAR que la AFP PORVENIR S.A causó menos cabo en la seguridad social y en pensiones a la demandante cuando ésta cumplió 57 años de edad cuando ésta tenía más de 1.300 semanas de cotización.

TERCERO: DECLARAR que la AFP PORVENIR S.A es responsable profesional y constitucionalmente por el menos cabo, disminución o limitación a la seguridad social en pensiones de la demandante.

CUARTO: DECLARAR la inaplicación constitucional de pérdida del RPMPD de la demandante cuando se trasladó de CAJANAL a la AFP PORVENIR S.A. En consecuencia, DECLARAR que la demandante sigue inmersa en el RPMPD, pero a cargo de la AFP PORVENIR S.A.

QUINTO: Absolver a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: ORDENAR a AFP PORVENIR S.A. para que dentro del mes siguiente a la fecha solicitud de pensión por parte de la demandante una vez reúna los requisitos para acceder al derecho, reconozca y pague a la señora ELIZABETH ORTIZ VAQUERO la pensión de vejez bajo los criterios del RPMPD.

SEPTIMO: ORDENAR a AFP PORVENIR S.A. a que dentro del mes siguiente a la fecha de reconocimiento liquide y pague la pensión de vejez a favor de la demandante, solicite por escrito a COLPENSIONES, para que elabore calculo actuarial pensional con miras a la subrogación pensional de la demandante y ORDENAR a COLPENSIONES para que dentro de los dos meses posteriores a la solicitud por parte de AFP PORVENIR S.A elabore dicho cálculo actuarial y en ese mismo lapso lo presente por escrito a la AFP PORVENIR S.A. y la AFP PORVENIR S.A lo pague dentro del mes siguiente a COLPENSIONES.

OCTAVO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A para que continúe asumiendo el pago de las mesadas pensionales bajo el RPMPD a la demandante a la señora ELIZABETH ORTIZ VAQUERO, hasta tanto no pague el cálculo actuarial a COLPENSIONES.

NOVENO: AUTORIZAR a la AFP PORVENIR S.A a ENJUGAR parte de la suma de dinero que deberá pagar en el cálculo actuarial a COLPENSIONES para subrogar la pensión de vejez a la demandante, utilizando los saldos ahorrados, con sus rendimientos y bonos pensionales de las demandantes, incluyendo las sumas de dinero que tenga en su poder como bonos, rendimientos o cualquier otra suma de dinero que estén relacionadas con la pensión de vejez de la demandante.

DECIMO: No prosperan las excepciones propuestas por la AFP PORVENIR S.A. Prospera la excepción propuesta por COLPENSIONES: inaplicación de los efectos jurídicos del acto jurídico de afiliación al RAIS (Art. 53 inc. 5º Constitución Política y art. 272 Ley 100/1993).

ONCEAVO: Costas procesales a cargo de la AFP PORVENIR S.A en favor de la demandante la señora ELIZABETH ORTIZ VAQUERO. Agencias en derecho en la suma de \$4.640.000”

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

La sentencia de primera instancia fue apelada por el apoderado de la parte demandante y por el apoderado de la AFP PORVENIR.

Apelación parte demandante: refirió que recurre la sentencia específicamente respecto de la entidad que está obligada a pagar la pensión de la demandante, pues en la sentencia se desconoce el precedente judicial de la CSJ, como en sentencia SL 1452 de 2019, en las que se ha determinado que declarada la ineficacia, el pagador de la pensión lo debe ser COLPENSIONES, siendo el deber del juez de primera instancia manifestar de manera fundada los motivos para apartarse del precedente judicial vinculante.

Por otra parte, señaló que, desde la ley 100 de 1993, los fondos privados tienen la obligación de dar a los afiliados una información clara, completa respecto de ambos regímenes pensionales y que dicha situación no fue cumplida por la AFP PORVENIR, al momento en que la actora se trasladó de régimen pensional.

Insistió diciendo que, discrepa de la orden dada por el A quo, en el sentido de que la AFP PORVENIR reconozca y pague a favor de la demandante pensión de vejez, pues al haberse declarado la ineficacia del traslado de régimen pensional, el obligado de la prestación económica debe serlo COLPENSIONES y la AFP solo debe trasladar los rendimientos recaudados.

Concluyó solicitando se le reconozca a favor de la demandante la pensión de vejez solicitada en la demanda.

Apelación de la AFP PORVENIR: La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., quien arguyó no hay lugar a las consecuencias jurídicas dadas en el presente caso, primero respecto de la inaplicación constitucional del acto jurídico de traslado declarado en el presente proceso. Que como consta en el formulario de afiliación la demandante hizo su traslado al RAIS de manera voluntaria y espontánea, razón por la cual no hay lugar a que se dé aplicación a los artículos 270 y 272 de la ley 100 de 1993.

Que la demandante en su interrogatorio de parte, manifestó que su traslado se dio de manera acompañada de un asesor del fondo el cual le hizo entrever múltiples características propias del RAIS, como el tema de la rentabilidad, los aportes voluntarios, y también que podría obtener la pensión sin

un requisito de edad, características que se compadecen con el deber de información para la época en que la actora realizó su traslado al RAIS.

Sostuvo que actualmente existen en el sistema general de pensiones dos regímenes pensionales y sus normas son excluyentes entre sí, en la medida que liquidan, financian y reconocen las prestaciones económicas por vejez, y que en ese sentido no se puede equiparar las formas en cómo estos regímenes realizan dicho reconocimiento pensional y la decisión de instancia, estaría en contravía de la línea jurisprudencial de la CSJ, en esta materia.

Pidió que se tenga en cuenta las circunstancias particulares que rodearon este caso en particular, pues conforme al material probatorio, es claro que la demandante contó con múltiples herramientas y oportunidades para recibir información de la AFP y del RPM, y bajo ese entendido no puede alegarse ahora una falta de información y que con ello se declare la inaplicación constitucional o la nulidad o como lo ha entendido la Corte, una ineficacia del traslado de régimen pensional.

De otro lado señaló que, no se logró probar en ningún momento que la AFP hubiese causado un daño a la demandante, quien tiene status de afiliada dentro del RAIS, y no de pensionada, por lo que no puede entenderse que se le causó un daño, y por tanto, no hay un perjuicio por resarcir y no puede calificarse como un daño la diferencia en las mesadas pensionales por cuanto la naturaleza de los regímenes no van dirigidas a cuánto va hacer el monto de la mesada sino la función de los regímenes es garantizar a los afiliados el reconocimiento de la prestación económica.

Respecto de la orden de reconocer a la demandante la pensión de vejez, pero bajo el RMP, solicitó que la misma sea revocada pues dicha decisión contraría la norma que creó el RAIS y afectaría el principio de sostenibilidad financiera.

También solicitó que se revoque la condena en costas procesales, arguyendo que no se cumplen las condiciones para que se declare la ineficacia del traslado o la inaplicación decretada por el A quo, pues la AFP cumplió con todas las exigencias normativas que se exigían para ese momento y en todo

momento ha actuado de buena fe respecto de la entrega de la información, sumado a que las agencias en derecho señaladas por el juzgado, es excesiva a pesar que está no es la oportunidad para ello.

Alegatos de Conclusión:

A la doctora KAREN SOFÍA SÁNCHEZ GONZÁLEZ, portadora de la tarjeta profesional 383.959 del C. S. de la J, en condición de abogada inscrita en el certificado de existencia y representación legal de GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., quien obra como apoderada y representante legal de PORVENIR S.A., se le reconoce personería en los términos del poder conferido.

La apoderada judicial de la AFP PORVENIR al presentar los alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, reiteró los aspectos objeto de apelación, a saber: **1)** Las competencias extra petitas y ultra petitas del juez de instancia no son ilimitadas, **2)** Frente a la declaración de que la demandante sigue inmersa en el RPM. 3) condena consistente en pagar a la demandante pensión de vejez bajo las reglas del régimen de prima media. 4) Condena en costas; insistiendo en que no existen razones fácticas ni jurídicas para que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, por lo que pidió que se revoque la sentencia de primera instancia.

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 del traslado de régimen pensional.

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por el apoderado judicial de la parte demandante y de la AFP PORVENIR; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a COLPENSIONES relacionada con la declaratoria de ineficacia y el derecho pensional de la actora, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala de establecer si el traslado de régimen pensional que hizo la actora al RAIS, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y el traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del cambio de régimen pensional, el cual ha de venir suministrado y garantizado por el agente adscrito al respectivo fondo, esto es, es de la propia esencia del acto de afiliación o traslado, el suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.

Esto lleva a la Sala a subrayar, que las obligaciones de asesoría no fueron creadas por el Legislador a través de recientes normas, sino que desde la propia concepción dualista de dos regímenes pensionales a través de la Ley 100 de 1993, se establecieron como de su propia esencia.

Así, la asesoría a cargo de la administradora, se erige en una obligación insoslayable, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los efectos económicos que puede representar una decisión de tal naturaleza.

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia de afiliación y traslado entre regímenes pensionales, y a través de las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo

de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose – en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, 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, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel procesal 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 (SL2611-2020 y SL5525 -2021) y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión, como equivocadamente lo plantea la AFP accionada.

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, 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 el asegurado se haya trasladado incluso entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, como ocurrió en el presente caso, 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).

A partir de lo anterior, pasa a desatarse la alzada conforme al...

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que la señora ELIZABETH ORTIZ VAQUERO, se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, en el año 1991 (PDF 10), y posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., en el año 1995 (PDF 13 folio 32), fondo privado en donde se encuentra en la actualidad.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar que la AFP PORVENIR no demostró haber cumplido con su obligación de diligencia en la afiliación de la demandante al RAIS, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que la AFP convocada a juicio (PORVENIR S.A.) no alcanzó a probar haberle brindado asesoría a la actora con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que la atendieron.

Como lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia del órgano de cierre (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, 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), es claro que la firma del formulario de afiliación no es una prueba certera de que hubiere existido un verdadero cumplimiento por parte de los fondos privados. La simple firma del formulario por parte del asegurado no puede tenerse como una prueba de que se le haya informado a cabalidad de todos los pormenores que le implicaban ingresar a un nuevo régimen pensional distinto al de prima media con prestación definida al que ya había pertenecido, y por ello el acto jurídico terminó afectado en su eficacia.

Es importante destacar que el derecho a la libre elección de régimen pensional contenido en la Ley 100 de 1993 en el marco del derecho a la seguridad social no riñe con las disposiciones legales que contemplan la exigencia del formulario, debiéndose entender que, más allá de la documentación formal, existe un sustrato material directamente relacionado con los derechos

fundamentales que exige que el asegurado tenga una completa asesoría en su proceso de afiliación o traslado de régimen pensional, la cual coloca a la respectiva administradora en el pleno del cumplimiento de sus obligaciones profesionales en ese sentido, bajo la dinámica del *“buen consejo”*.

De otro lado, sostiene el apoderado judicial de PORVENIR en su recurso de apelación, que el traslado de la demandante se dio de manera libre y voluntaria y sin la afectación de ningún vicio del consentimiento.

En relación con este disenso debe tenerse en cuenta que a pesar de que la solicitud de vinculación se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no puede predicarse que la selección hubiere tenido tales características.

Tampoco comparte la sala el argumento del apoderado judicial de la AFP PORVENIR en su recurso de alzada, en el sentido de que la demandante al suscribir el formulario de afiliación, plasmó su voluntad de afiliarse al régimen de ahorro individual, pues el formulario de afiliación no se erige en la prueba irrefutable de que haya existido asesoría, el mismo solo viene a ser un documento que demuestra la afiliación, pero no es indicativo de que se haya brindado asesoría idónea. Ahora, nótese cómo en este caso no se ha declarado la ineficacia de traslado de régimen porque el formulario de afiliación no sea un documento auténtico, ya que la discusión jurídica se dio en términos de ineficacia, por falta de asesoría, más que en términos de validez del formulario. No se trata de desconocer el valor probatorio que el referido documento pueda tener, el cual es incontrastable en el marco de lo que representa, pero de ahí a que se tenga como indicativo de que haya existido asesoría, buen consejo y acompañamiento, no es de recibo para esta sala.

Por otra parte, el apoderado de PORVENIR expuso en su recurso de alzada que para el momento en que la demandante se trasladó, la AFP le brindó una información completa, pues se le ilustró sobre características propias del régimen de ahorro individual.

La demandante al absolver el interrogatorio de parte manifestó:

“Mi traslado a Porvenir se debió desde el año 1995, nos hicieron una reunión grupal en la cual nos informaron que el ISS se iba a terminar, nos hablaron que el fondo privado era mucho mejor que Colpensiones, que nos podíamos jubilar cuando quisiéramos, que era heredable, a una mejor edad, con más plata y rendimientos más altos y que podíamos realizar aportes voluntarios”

Con base en lo descrito, y contrario a lo afirmado por la parte recurrente, de lo que se extrae de la declaración de la actora, es que la AFP no cumplió con la carga procesal de información, instruyendo a la demandante sobre las características de ambos regímenes pensionales, por lo que para la sala, la ineficacia en la afiliación al RAIS de la demandante, se configura, a raíz de la afiliación ausente de información por parte de la AFP, quien tampoco acreditó en los términos que determina el artículo 167 del C.G.P, haberle brindado a la demandante un acompañamiento suficiente en su proceso de afiliación.

Así las cosas, esta sala recalca la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al determinar que la ineficacia se presenta en el momento de la afiliación ausente de información, esto es, no nace a la vida jurídica, sin que importen las conductas posteriores, ya que el acto no alcanzó a producir efectos jurídicos.

Sin embargo, ambos apoderados judiciales apelantes, les asiste razón en el reproche general que le hacen a la sentencia de primera instancia, solicitando incluso de forma subsidiaria que, en caso de que se confirme la declarada ineficacia, se le dé el alcance que todos los casos en su mayoría tienen conforme a la jurisprudencia nacional, y no la inapropiada forma jurídica que concluyó la sentencia de primera instancia, al haber ordenado que una administradora del RAIS reconozca y pague la pensión de vejez bajo unas reglas completamente ajenas y atípicas como las contenidas en la Ley 100 de 1993.

Esta sala acoge los reparos, y advierte un desbordamiento a la línea jurisprudencial sobre el tema en que incurrió el A quo, que más que corresponder al sostenimiento de una postura con la suficiente carga argumentativa, constituye una suerte de escenario en el que se lleva a extremo el principio de responsabilidad jurídica y presenta ciertos inconvenientes en la práctica, de cara

al funcionamiento legal que cada uno de los dos regímenes pensionales excluyentes que creó el legislador a través de la Ley 100 de 1993, al pretender imponer a una administradora del régimen de ahorro individual (AFP PORVENIR S.A.) un reconocimiento pensional bajo las reglas del régimen de prima media con prestación definida, ordenando de por medio la liquidación de un cálculo actuarial completamente impropio para estos casos¹.

La solución que el juez de primera instancia dio al caso no resulta consecuente con la figura de la ineficacia, en tanto es evidente que la misma trae como consecuencia la ausencia de la existencia del acto de afiliación, y nunca el que se pueda llegar a entender que una administradora del RAIS frente a la cual existió ineficacia en el acto de afiliación, pueda llegar a ser la pagadora de la pensión bajo una dinámica financiera completamente ajena al régimen.

Así las cosas, sin que exista duda en cuanto a que hay unas obligaciones de asesoría y buen consejo en cabeza de las AFP que se erigen en inexorables en el despliegue de su actividad, creadas desde la misma concepción de los dos regímenes pensionales, y no a partir de recientes normas, cuando las mismas no se cumplen, se genera la consecuencia jurídica de la ineficacia, como una sanción propia en materia del trabajo y de la seguridad social, este colegiado revocará la orden de pagar cálculo actuarial con fines de subrogación, por ser una solución jurídica totalmente injustificada y que contraría la fuente legal con base a la que cada régimen pensional funciona de manera independiente y con fundamento en sus propias normas y reglas jurídicas.

En consecuencia, esta Sala **CONFIRMARÁ** el numeral 1º, de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en cuanto, declaró que la AFP PORVENIR S.A., faltó a su deber legal de asesoría cuando la actora se trasladó a dicha entidad. Y, **REVOCARÁ** el numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, para en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado de régimen pensional que hizo la demandante **ELIZABETH ORTIZ VAQUERO**, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la PORVENIR S.A. entendiéndose, por tanto, que la demandante siempre ha

¹ El tema de la subrogación pensional, al tenor de lo establecido en las sentencias de casación SL 16.838 de 2016, SL 4.103 de 2017 y SL 4.934 de 2017, entre otras, se refiere a aquellos casos de empleadores que tenían a cargo el reconocimiento de pensiones de conformidad al artículo 260 del CST., y que con motivo de la derogatoria de dicha disposición por virtud del artículo 289 de la Ley 100 de 1993, se subrogaron en COLPENSIONES para el reconocimiento a cargo de esta entidad de las pensiones correspondientes.

permanecido afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

Por otra parte, serán **REVOCADOS** los numerales 2º, 3º, 5º, 6º, 8º, 9º, y 10º de la parte resolutive de esa misma sentencia, en los que se declaró que la AFP PORVENIR causó grave daño, perjuicio o menoscabo, es decir disminución o limitación a la seguridad social en pensiones de la demandante, se declaró la responsabilidad constitucional y profesional de la AFP PORVENIR, en el daño o perjuicio causado a la demandante en su mesada pensional, se absolvió de todas las pretensiones a Colpensiones; para en su lugar, ORDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.**, que traslade a COLPENSIONES, los siguientes conceptos: **i)** El capital ahorro en la cuenta individual de la demandante **ELIZABETH ORTIZ VAQUERO**; **ii)** Los rendimientos generados. **iii)** Los dineros cobrados por concepto de cuotas de administración con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados a la fecha del traslado. **(iv)** Los conceptos que comprende las sumas adicionales de la aseguradora tales como primas de seguros de invalidez, muerte. En el evento de que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a **Colpensiones**. Todos estos conceptos se deben trasladar debidamente **indexados**, y **(v)** El aporte correspondiente al fondo de la garantía de pensión mínima indexado.

Lo anterior, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué recibir sumas depreciadas por estos conceptos, teniendo en cuenta la siguiente formula:

ÍNDICE FINAL

ÍNDICE INICIAL x VALOR A INDEXAR – VALOR A INDEXAR

Esta medida de actualización monetaria ha sido reiterada recientemente por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Al respecto, resulta oportuno citar el reciente criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien, en sentencia del 29 de julio de 2020, SL 2877, Radicación 78.667, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha recordado que *“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...”*.

Singularmente se precisa que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al determinar que las implicaciones prácticas de la ineficacia conllevan a que: *“la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el **porcentaje correspondiente a los gastos de administración y 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, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021).* (subraya y negrilla a propósito)

A modo de conclusión, para esta Sala es indispensable que la AFP traslade a Colpensiones en los eventos que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, los siguientes conceptos: **i)** la cuenta de ahorro individual, **ii)** los rendimientos financieros o frutos e intereses, **iii)** los gastos de administración, que encuentran su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: *“... el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”*, **iv)** y, finalmente los fondo de garantía de pensión mínima.

Lo anterior por cuanto se impone la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele a la demandante.

Así, es claro entonces que, al regresar las cosas al estado anterior en que se encontraban antes de que la actora suscribiera su traslado al RAIS, debe girarse todos los conceptos cobrados por la administradora del régimen privado,

debidamente indexadas, incluso completando dichas sumas y su actualización de su propio patrimonio, teniendo en cuenta que se trata de dineros que pertenecen a la cotización del asegurado, y que esta no dio lugar a la ineficacia.

PENSIÓN VEJEZ

Con relación a la pretensión relativa al reconocimiento de la pensión de vejez, que deviene planteada en la demanda y respecto de la cual el apoderado judicial de la parte demandante en su recurso de apelación reiteró su petitum, insistiendo que dicha prestación está a cargo de COLPENSIONES y no de la AFP PORVENIR, como lo dispuso el A quo, advierte la Sala, que esta jurisdicción ordinaria laboral no es la competente para pronunciarse al respecto.

En efecto, de acuerdo al formulario de vinculación y la historia laboral anexa por la AFP PORVENIR se constata que, desde el año 1995, el empleador de la demandante es la Corporación para el Desarrollo Sostenible - CORPOURABA, entidad pública del orden nacional con autonomía administrativa y financiera creada por la ley 65 de 1968 conformada por la ley 99 de 1993, adscrita al Ministerio de Agricultura, de conformidad con lo dispuesto por los Decretos 2420 y 3130 de 1.968.

Según el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, actualmente labora para dicha entidad en condición de **profesional universitaria** – bióloga.

En este punto se resalta el artículo 5 de la ley 3135 de 1968, que señala:

“ARTICULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. *Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos Públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).*

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

De lo anterior se colige que, la regla general es que los servidores públicos ostenten la calidad de empleados públicos de libre nombramiento y remoción y de carrera, y sean trabajadores oficiales quienes desempeñen cargos no

directivos destinados al mantenimiento, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

Con base en las circunstancias descritas, y dado que el otorgamiento de la pensión de vejez, no es una consecuencia directa de la declaratoria de ineficacia, que fue la pretensión planteada frente al fondo privado de pensiones, la jurisdicción ordinaria laboral, no puede entrar a dirimir la pretensión concerniente al reconocimiento y pago de una pensión de vejez cuando ésta prestación económica le es reclamada a una administradora pública de pensiones, cuando el afiliado que la pretende judicialmente detenta la calidad de empleado público.

Y es que según el art. artículo 12 de la Ley 270 de 1996, la jurisdicción ordinaria conocerá de todos los asuntos que no estén asignados a cualquier otra. Por su parte, el artículo 2.4 del Código Procesal del Trabajo señala que la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral, estudiará *“las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”*. Cláusula general o residual de competencia que opera cuando no hay una norma especial que atribuya el conocimiento de un proceso a otra jurisdicción.

No obstante, sí existe norma especial que atribuye el conocimiento de un proceso a otra jurisdicción, como es el caso del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa según la cual, la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto por la Constitución Política y en las leyes especiales, los procesos ***“...4. Relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público...”***.

En ese orden de ideas, se **REVOCARÁ** el numeral 7º de la sentencia que impuso a la AFP PORVENIR S.A. la obligación de reconocer la pensión de vejez a la demandante bajo las reglas de un régimen completamente ajeno a esa entidad y pagar un cálculo actuarial con fines de subrogación pensional a

COLPENSIONES, para en su lugar, declarar que COLPENSIONES, es la entidad encargada de establecer si la demandante tiene derecho o no a la pensión, declarando en esta instancia, la falta de competencia que tiene esta jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, frente a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la demandante.

Finalmente, y en cuanto a los argumentos esbozados por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, relativos a que se revoque la condena en costas procesales, considera este Colegiado que, no le asiste razón al recurrente, pues justamente fue el fondo privado que generó la ineficacia del traslado de régimen pensional, por falta del deber de información a la demandante y además la entidad, se opuso férreamente a las pretensiones de la demanda; de tal suerte que en dicho caso, si resulta pertinente emitir condena en costas, acudiendo al criterio previsto en el art. 365 del CGP.

En lo que concierne a la discrepancia en el monto de las agencias en derecho planteada por el apoderado de la AFP, debe indicarse que conforme al numeral 5 del artículo 366 del CGP, esta no es la oportunidad procesal para ello.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia no se han causado costas procesales, por haber prosperado parcialmente las apelaciones de ambos apelantes.

VIII. - DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el que se dispuso inaplicar la pérdida del régimen de prima media con prestación definida acaecido en la señora **ELIZABETH ORTIZ VAQUERO**, cuando ésta se afilió al RAIS, declarando que la demandante sigue inmersa en el régimen de prima media con prestación definida, pero a cargo de la administradora de pensiones PORVENIR S.A, **para, en su lugar, DECLARAR**

LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional que hizo la demandante **ELIZABETH ORTIZ VAQUERO**, al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la PORVENIR S.A. entendiéndose, por tanto, que la demandante siempre ha permanecido afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, por lo indicado en precedencia.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales 2º, 3º, 5º, 6º, 8º, 9º, y 10º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en los que se declaró que la AFP PORVENIR S.A causó grave daño, perjuicio o menoscabo, es decir disminución o limitación a la seguridad social en pensiones de la demandante **ELIZABETH ORTIZ VAQUERO**, se declaró la responsabilidad constitucional y profesional de la AFP PORVENIR, en el daño o perjuicio causado a la demandante en su mesada pensional, se absolvió de todas las pretensiones a Colpensiones; para en su lugar; **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, que proceda a trasladar a **COLPENSIONES**, los siguientes conceptos: **i)** El capital ahorro en la cuenta individual de la demandante **ELIZABETH ORTIZ VAQUERO**; **ii)** Los rendimientos generados. **iii)** Los dineros cobrados por concepto de cuotas de administración con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados a la fecha del traslado. **(iv)** Los conceptos que comprende las sumas adicionales de la aseguradora tales como primas de seguros de invalidez, muerte. En el evento de que dentro del período de afiliación se realizarán descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a **Colpensiones**. Todos estos conceptos se deben trasladar debidamente **indexados**, y **(v)** El aporte correspondiente al fondo de la garantía de pensión mínima indexado.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: REVOCAR el numeral 7º de la sentencia que impuso a la AFP PORVENIR S.A. la obligación de reconocer la pensión de vejez a la demandante bajo las reglas de un régimen completamente ajeno a esa entidad y pagar un cálculo actuarial con fines de subrogación pensional a COLPENSIONES, para en su lugar, declarar que COLPENSIONES, es la entidad encargada de establecer si la demandante tiene derecho o no a la pensión, declarando en esta instancia,

la falta de competencia que tiene esta jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, frente a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la demandante.

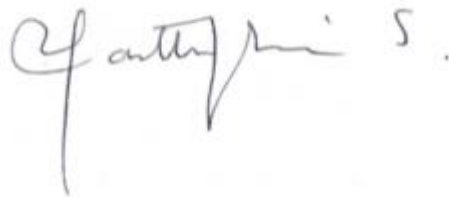
CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primer grado.

QUINTO: Sin costas en esta instancia, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEXTO: En su oportunidad procesal, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

SÉPTIMO: 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



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA