



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Gerardo de Jesús Cuartas Jaramillo
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.
RADICADO	05-001-31-05-002-2018-00704
TEMA	Cosa juzgada, Ineficacia del traslado, reliquidación pensional bajo el régimen de transición e incrementos pensionales
DECISIÓN	Revoca y confirma sentencia

El veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el **ACTA 180** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **GERARDO DE JESÚS CUARTAS JARAMILLO** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍA S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, con radicado **05-001-31-05-002-2018-00704**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

De conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar al Dr. **ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ**, identificado con cédula de ciudadanía 79.985.203 y portador de la tarjeta profesional 115.849 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de **PORVENIR S.A.**

• **PRETENSIONES**

El demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. y posteriormente a PORVENIR S.A., por ende, se ordene su regreso al régimen de prima media conservando el régimen de transición. Como consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez en aplicación del régimen de transición, reajustando la misma bajo los parámetros del decreto 758 de 1990, aplicando una tasa de remplazo del 90%, a partir del 3 de junio de 2009, a los incrementos pensionales por personas a cargo, indexación de las condenas y costas procesales.

- **HECHOS**

Como fundamento de las pretensiones manifiesta que nació el 3 de junio de 1949, contando con 1.565 semanas cotizadas al 16 de enero de 2018, de las cuales 714 semanas son a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y 1.222 son a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que le asistía derecho a pensionarse bajo el Decreto 758 de 1990. Que su afiliación inicial fue al ISS y para septiembre de 1997 se trasladó a COLFONDOS S.A. Que no recibió una asesoría donde le brindaran una información completa clara y comprensible por parte del fondo privado, además, no le indicaron que era beneficiario del régimen de transición, como tampoco le brindaron una re asesoría luego de su traslado. Que en el año 2000 se trasladó a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., y allí tampoco le brindaron una información respecto a ambos regímenes pensionales. Que en el año 2002 retornó nuevamente al ISS, y en el año 2012 COLPENSIONES le reconoce la pensión de vejez sin el régimen de transición. Que en el año 2009 presentó demanda solicitando el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el régimen de transición, la cual fue reconocida por el juez de instancia sin este régimen, sentencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín. Y que en el año 2018 solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de su pensión bajo el régimen de transición y no fue concedida.

- **CONTESTACIÓN**

✓ PORVENIR S.A.:

Frente a los hechos de la demanda manifiesta que no le consta la fecha de nacimiento del demandante ni las cotizaciones que este realizó por fuera de PORVENIR S.A., tampoco le consta que el demandante estuviera afiliado inicialmente al ISS. Que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio su traslado COLFONDOS S.A. Que no es cierto que por parte de PORVENIR S.A. no se le brindara una información completa, pues todos sus funcionarios están capacitados para brindar una información que abarque las características, particularidades, bondades y limitaciones de ambos regímenes pensionales. Que no le constan las circunstancias que afirma el demandante respecto a COLPENSIONES. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y propuso como excepciones la de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

✓ COLFONDOS S.A.

Frente a los hechos de la demanda manifiesta que no le consta la fecha de nacimiento del demandante ni los años que lleva cotizando al Sistema General de Pensiones. Que no le consta que estuviese afiliado al ISS a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Que por parte de COLFONDOS S.A. se le brindó una asesoría donde se le informaron las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales y le explicaron de manera detallada las características del RAIS. Que es cierto que no se le brindó ninguna re asesoría y también es cierto que en el año 2000 el demandante se trasladó de administradora. Y que no le constan las actuaciones realizadas por el demandante respecto a COLPENSIONES. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y propuso como excepciones la de falta de causa para demandar, buena fe, prescripción, compensación e inexistencia de la causal de traslado impetrada.

✓ COLPENSIONES

Frente a los hechos de la demanda manifiesta que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el demandante contaba con 697.74 semanas cotizadas y 1560 al 31 de agosto de 2012. Que es cierto que estuvo afiliado al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Que no le constan las

circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la afiliación del demandante a las diferentes administradoras del RAIS. Que es cierto que en el año 2002 se trasladó nuevamente al ISS y que el 5 de junio de 2012 COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez sin régimen de transición. Que es cierto que el demandante interpuso una demanda en el año 2009, con el fin de que se le reconociera la pensión de vejez junto con el régimen de transición y este último no fue concedido. Que es cierto que en el año 2018 elevó solicitud de reliquidación de su pensión bajo el amparo del régimen de transición y los incrementos pensionales por cónyuge a cargo, la cual fue negada. Que no es cierto que el demandante sea beneficiario del régimen de transición, pues no contaba con las semanas necesarias a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y propuso como excepciones la de prescripción, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración, pérdida del régimen de transición, cosa juzgada, imposibilidad de condena en costas y compensación.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 26 de junio de 2020, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** probada la excepción de cosa juzgada propuesta por COLPENSIONES, frente a la pretensión de reconocer y pagar pensión de vejez en régimen de transición al demandante, toda vez que hay identidad de causa, objeto y partes, con el proceso que cursó en el juzgado noveno laboral del circuito de Medellín, con radicado 05-001-31-05-009-2009-1109-00.

DECLARÓ probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

DECLARÓ probada la excepción de inexistencia de la obligación de reconocer y pagar incremento pensional por cónyuge a cargo a favor de COLPENSIONES.

ABSOLVIÓ de todo cargo frente a las pretensiones de la demanda a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

Y condenó en costas al demandante.

- **APELACIÓN:**

- ✓ DEMANDANTE:

La apoderada judicial de la parte demandante presentó el recurso apelación solicitando se revoque la decisión de primera instancia, toda vez que no se debió declarar probada la excepción de cosa juzgada, pues si bien el demandante en su momento instauró demanda en contra del ISS, fue con la finalidad de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el régimen de transición, aduciendo su retorno al régimen de prima media, situación que en su momento fue desconocida por el juzgado y el Tribunal, indicándose que por el traslado que efectuó el demandante al RAIS perdió la transición, por lo cual no procedió a estudiar el reconocimiento y pago de la prestación bajo la norma que le fuera más favorable como lo es el Decreto 758 de 1990. Que en su momento el Tribunal Superior de Medellín, señaló que el demandante no cumplía con el requisito exigido de los 15 años de servicio o cotizaciones a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que no era beneficiario del régimen de transición. Que en el presente caso se trae la figura jurídica de la ineficacia de la afiliación, con el fin de proceder a obtener la declaratoria de la misma, es decir que no hubo ninguna validez del traslado que en su momento solicitó el demandante del RPM al RAIS a través de COLFONDOS S.A., a fin de que sea conservado el beneficio de la transición. Que dicho análisis no se efectuó en el proceso que se llevó a cabo en el año 2009, por tal razón no se encuentra la figura jurídica de la cosa juzgada. Frente a la ineficacia, señala que se debe analizar que no se cumplió con el deber de información y que las demandadas no atendieron a las obligaciones que les han sido impuestas desde su creación, no surtiendo efectos jurídicos el traslado del demandante, por ende, debe darse el reconocimiento de la prestación de vejez bajo las normas que le beneficiaban al momento de dicho traslado, esto es el Decreto 758 de 1990. Que atendiendo a que el actor tiene más de 1.250 semanas, es procedente la aplicación de una tasa de reemplazo del 90%. Que en lo que refiere a la negativa del reconocimiento y pago de los incrementos pensionales, aduciendo a la expedición de la sentencia SU-140 de 2019, por parte de la Corte Constitucional, solicita se tenga a consideración lo establecido en su momento por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en el proceso con radicado 11001-03-25-000-2008-00127-00

del 16 de noviembre de 2017, donde se resolvió la acción pública de nulidad promovida por el ISS en contra de la Nación - Ministerio de Protección Social, precisamente contra los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990, y quien luego de analizar armónicamente lo provisto en el artículos 71 y 72 del Código Civil, que reglan lo atinente a la derogación tacita y expresa, a su vez con el artículo 3 de la Ley 153 de 1887, que dispone: *“Es insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.”*, debiéndose arribar a la conclusión y apoyado en la sentencia C-151 de 2004, que además de la tipología de la derogatoria tacita y expresa, también se predica la existencia de aquella denominada orgánica, la cual se presenta cuando la nueva ley regula de manera íntegra la materia y la determinación de si una materia está o no íntegramente regulada por la ley posterior y depende de la intención del legislador abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia. Por lo anterior señala, que los incrementos pensionales aún tienen su aliento jurídico, pues la Ley 100 de 1993 no reguló lo atinente a este tipo de prestaciones económicas que si bien están atados a la condición de pensionado por vejez o invalidez, por derecho propio o por ser beneficiario del régimen de transición, no es inmanente al mismo, en el sentido de que el solo estatus del pensionado en dicho escenario ipso facto genera dichos incrementos, pues es de conocimiento que se tiene que cumplir con los requisitos de ser cónyuge o compañero/compañera permanente, hijo menor de edad o inválido, amén del ingrediente subjetivo que es la dependencia económica de la convivencia, lo cual quedó plenamente acreditado en el proceso.

- **ALEGATOS:**

- ✓ DEMANDANTE:

Manifiesta no hacer uso de sus alegatos de conclusión y en su lugar, solicita se revoque la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta los argumentos expuestos al momento de interponer el recurso de apelación.

- ✓ COLPENSIONES:

Manifiesta que para que prospere la cosa juzgada se requiere identidad de objeto, identidad de causa e identidad de partes, y esta opera en el presente caso, ya que las mismas pretensiones fueron resultas en el proceso con radicado 05-001-31-05-009-2009-01109-00. Por lo anterior, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

✓ PORVENIR S.A.:

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar se absuelva a PORVENIR S.A., toda vez que no existió ningún vicio en el consentimiento con el cambio de régimen del demandante, pues el formulario de afiliación es un documento público que se presume autentico y no fue tachado ni desconocido en los términos previstos en la ley; además, contiene que la selección del demandante fue libre, voluntaria y sin presiones.

- **DECRETO 806 DE 2020:**

Atendiendo a lo establecido en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

CONSIDERACIONES

Antes de resolver los problemas jurídicos relativos a la ineficacia de traslado, la reliquidación de la pensión bajo el régimen de transición y el reconocimiento de los incrementos pensionales, es necesario analizar la procedencia o no de la ***excepción de la cosa juzgada***, para posteriormente analizar estos aspectos.

Cosa juzgada

Con respecto a este tema, cabe precisar que, para que una sentencia alcance el valor de cosa juzgada se requiere que concurren ciertos elementos, los cuales se encuentran presentes en el artículo 303 del Código General del

Proceso, aplicable por la remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, que exige para su declaratoria que “...*el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes*”.

Explicando de una manera más comprensible los 3 elementos esenciales para que se declare la cosa juzgada, la identidad de partes, hace relación a que en un proceso judicial anterior debieron haber concurrido las mismas partes vinculadas y obligadas por la decisión. En la identidad de objeto, la demanda tuvo que referirse sobre la misma pretensión, es decir, cuando sobre lo pretendido ya hay un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Y frente a la identidad de causa, la demanda o la decisión debió tener los mismos fundamentos como sustento.

De acuerdo a lo anterior, para esta Sala no se satisfacen los presupuestos para que se predique la existencia de cosa juzgada, pues si bien se presenta identidad de partes, no ocurre lo mismo con la identidad de objeto y causa, por cuanto no se está frente a los fundamentos fácticos ni jurídicos en que se sustenta las pretensiones hoy se invoca, ya que después de un análisis de las sentencias proferidas dentro del proceso con radicado 05-001-31-05-009-2009-01109-00, se logró comprobar que lo que se pretendía era el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, recuperando el régimen de transición por tener más de 15 años cotizados a la vigencia de la ley 100 de 1993, como lo exigía la sentencia SU-062 de 2010, cosa disímil al proceso que hoy se debate, toda vez que se hace con fundamento en la declaratoria de ineficacia del traslado, por falta del deber de información del fondo privado.

Así las cosas, para esta Sala de Decisión no se configura la excepción de cosa juzgada, y por tal razón se deberá **REVOCAR** lo manifestado por el juez, para en su lugar, proceder a realizar el estudio de fondo de lo pretendido en la demanda.

Ahora, los demás problemas jurídicos a resolver de conformidad con el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante serán: **i)** determinará si el acto jurídico de afiliación del señor GERARDO DE JESÚS CUARTAS JARAMILLO a COLFONDOS S.A. es o no ineficaz; consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, **ii)** se deberá analizar los conceptos a

devolver por los fondos privados; de igual forma, **iii)** la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción; **iv)** se estudiará si el actor es beneficiario del régimen de transición; **v)** se establecerá la procedencia o no de la reliquidación pensional teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90%; **vi)** la indexación de la condena; y **vii)** la procedencia o no de los incrementos pensionales.

i. Acto jurídico de la afiliación y precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional:

Para resolver este conflicto, se hace necesario un recuento breve de la jurisprudencia de esa alta Corporación de Justicia, que estructura el tema.

Advierte la Corte que el traslado de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Que es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta, que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios. Que el estatuto Financiero de la época en los artículos 97 y siguientes consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, lo siguientes:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) La información debe ser completa y comprensible. Y,

- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Si bien los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esa circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

Así las cosas, lo dicho anteriormente constituye sustento que permite deducir las siguientes reglas:

- (i) Las administradoras de pensiones tienen a su cargo la obligación de información de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- (ii) La información del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima, detallada y documentada acerca de la incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales, de modo que no basta con explicar solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos proyecte la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Y,
- (iii) La carga de la prueba de demostrar que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia 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.

(ii) Desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010.

(iii) Y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015. y en la circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.

La determinación a tomar, tiene como soporte en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2877, SL4811 de 2020, y SL1217, SL782 de 2021.

En el caso objeto de estudio, sobre los pormenores que rodearon el traslado de la demandante, del interrogatorio de parte se desprende que se trasladó a COLFONDOS S.A. mientras se encontraba laborando en una constructora, cuando un asesor del fondo privado les manifestó en una reunión grupal, que allí podrían pensionarse a los 55 años y hasta sus nietos tendrían derecho a la pensión. Señaló que su traslado a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. fue debido a que COLFONDOS S.A. no había retirado sus aportes del Seguro Social, y que al fondo que se trasladaría si procederían con dicho trámite.

Pues bien, sobre la carga de la prueba es importante hacer la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia 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. Así mismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus

asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Con respecto a lo anterior, las afirmaciones realizadas por el demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por COLFONDOS S.A. como primer fondo que recibió al actor, ni por PORVENIR S.A., toda vez que, pese a que dichas entidades anexaron los documentos visibles a folios 175 y 233 del expediente, estos son los formularios de afiliación, mismos que fueron suscritos por el accionante, no hay prueba suficiente para determinar que efectivamente a este se le haya brindado una completa asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa pre-negocial, anterior a la materialización del consentimiento, consistía en brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que, lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones que pretendía captar al demandante como su afiliado cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que el demandante firmara el formulario de vinculación, donde se hace constar que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectúa de forma “libre, espontánea y sin presiones”, no implica que el actor conociera las consecuencias que implicaba el cambio de régimen pensional.

También es importante advertir, que, si bien la mayoría de los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esta circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado, no obstante, en el presente caso, el demandante si es beneficiario de dicho régimen.

Con respecto a la información que se le debía brindar al demandante para la fecha de traslado, en las providencias SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4426-2019, 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, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: primer periodo, desde la fundación de las AFP; segundo momento, desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; y tercer momento, 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 del actor fue el 29 de septiembre de 1997, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Se tiene entonces, que COLFONDOS S.A. como primer fondo al que se trasladó el actor, no cumplió con la carga de probar el haber realizado en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que es desde allí que el traslado resulta ineficaz, generando como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, debiéndose en consecuencia **DECLARAR** que el traslado efectuado por el actor a COLFONDOS S.A. es ineficaz, entendiéndose que el demandante siempre permaneció afiliado al régimen de prima media, sin solución de continuidad.

ii. Efectos de la ineficacia y conceptos a devolver por los fondos privado:

Con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR EL FONDO PRIVADO**, 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 la AFP que dio lugar a ello traslade a Colpensiones: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

De igual forma, también debe sumarse que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que el demandante no se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que el demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Debe anotarse que la ineficacia es una respuesta jurídica a 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, lo cual fue precisado 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.”*

Conforme a lo anterior, se deberá **ORDENAR** a COLFONDOS y a PORVENIR S.A. a que trasladen las cuotas de administración y los seguros previsionales, los cuales se componen de la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, ambos conceptos debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, y además también se **ORDENARÁ** devolver a PORVENIR S.A., como último fondo privado al que perteneció el actor, lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, conforme lo dispone el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016, debiéndose en este sentido, **REVOCAR** la sentencia, para en su lugar, **ORDENARLE** a COLFONDOS S.A y a PORVENIR S.A. realizar la devolución de estos conceptos a COLPENSIONES.

iii. Excepción de prescripción de la acción.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de 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, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar.

iv. Régimen de transición.

Una vez resuelta la ineficacia del traslado, esta Sala se dispone a hacer el estudio correspondiente para verificar si el accionante, es beneficiario del **RÉGIMEN DE TRANSICIÓN**, advirtiendo que actualmente se encuentra afiliado a COLPENSIONES,

No se discute que a través de la resolución N° 24910 del 31 de agosto del 2008 , el otrora ISS, negó al actor el reconocimiento de la pensión vejez, por no reunir los requisitos exigidos, sin embargo, mediante la resolución N° 16111 de 2012, la cual resolvió el recurso de reposición contra la resolución N° 24910, decidido, reconociendo la pensión vejez a favor del señor GERARDO DE JESÚS CUARTAS JARAMILLO, siendo reconocida a corte de nómina, esto es a partir del 1° de julio del 2012, en cuantía de \$845.186,00.

Inconforme con la negativa de la pensión de vejez, que se le había notificado en primera oportunidad, el demandante entabló proceso ordinario para el reconocimiento de su derecho pensional, el cual salió a su favor, por ende, COLPENSIONES para darle cumplimiento a las sentencias judiciales proferidas, a través de la resolución GNR 183574 del 19 de junio de 2015, le reconoció al demandante pensión de vejez a partir del 3 de junio de 2009, en cuantía mensual de \$677.042, y que para el año 2015 sería de \$800.017.

Posteriormente, por resolución SUB 36479 del 8 de febrero de 2018, COLPENSIONES negó la reliquidación de la pensión, advirtiendo que dicha actuación no es procedente por operar la cosa juzgada en virtud de la sentencia del 14 de febrero de 2014 del Tribunal Superior de Medellín, donde fue reconocida la pensión de vejez del demandante sin ser beneficiario del régimen de transición, situación que ya fue debatida en un primer momento.

Ahora, debe tenerse en cuenta que el régimen de transición es una prerrogativa creada por el legislador para un grupo de personas que tenían

unas expectativas de adquirir su derecho pensional con el cumplimiento de los requisitos de una ley anterior, ante el surgimiento de una nueva norma, en este orden de ideas el artículo 36 de la ley 100 de 1993 consagra que, quienes para la entrada en vigencia de dicha norma, esto es, 1° de abril de 1994 o 30 de junio de 1995, cuenten con 40 o más años de edad en caso de los hombres o 15 años de servicios, las reglas pensionales para el acceso a la pensión serán las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Cabe manifestar que las reglas pensionales que se respetan del régimen anterior, son las concernientes a la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto pensional.

De la prueba recaudada se da cuenta que el demandante es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, atendiendo a que, para el 1° de abril de 1994 contaba con 44 años de edad, toda vez que nació el 3 de junio de 1949 (folio 130 del expediente digital), en consecuencia las reglas pensionales para el acceso a la pensión, serán las establecidas en el régimen anterior, es decir, el decreto 758 de 1990, en el cual el derecho a la pensión de vejez se causa una vez el afiliado, en este caso hombre, cumpla 60 o más años de edad y cuente con un mínimo de 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o que acredite un número de 1.000 semanas de cotización en cualquier tiempo.

De las pruebas documentales que obran en el expediente, en especial las historias laborales de folios 151 a 169, 316 a 326 y 328 a 337 del expediente, esta Sala encuentra que el demandante logró cotizar en toda su vida laboral 1.565, semanas, de las cuales 1.409 se encuentran acreditadas para el momento en que arribó a los 60 años de edad, colmando con ello el requisito de las 1.000 semanas en cualquier tiempo.

Atendiendo a que el demandante causó el derecho a la pensión de vejez en el año 2009, se hace innecesario el análisis de lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005, toda vez que el actor cumplió los requisitos con anterioridad al 31 de julio de 2010.

Por lo anterior, una vez declarada la ineficacia de traslado, debe señalarse que ***el demandante le asiste razón para gozar del régimen de transición***, debiéndose en consecuencia pasar a analizar la pensión de vejez en aplicación del decreto 758 de 1990.

v. Reliquidación pensional bajo el decreto 758 de 1990.

Una vez revisada la historia laboral y efectuada la liquidación de los últimos 10 efectivamente años cotizados al cumplimiento de la edad, advirtiéndose que es el IBL más favorable para el actor, y aplicada una tasa de reemplazo del 90 % conforme lo consagrado el parágrafo 2° del artículo 20 del decreto 758 de 1990, arroja una mesada pensional por valor de **\$988.215** para el año 2009 y no de **\$677.042**.

No puede pasar por alto la Sala la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, teniendo en cuenta que el demandante solicitó un nuevo estudio de reliquidación de la pensión de vejez bajo el régimen de transición, el 29 de enero de 2018 (folios 37 y 38), por tal razón, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, este fenómeno prescriptivo deberá salir avante, prescribiendo la reliquidación de las mesadas causadas con anterioridad al **29 de enero de 2015**.

Así pues, realizado el cálculo del retroactivo del reajuste pensional, COLPENSIONES deberá reconocer al actor el reajuste del 29 de enero de 2015 al 31 de julio de 2021, por la suma **\$38'659.265**. Asimismo, a partir del mes de agosto de 2021, COLPENSIONES deberá seguir reconociendo al demandante una mesada pensional por valor de **\$1'493.492**, tanto en las mesadas ordinarias como la adicional de junio y diciembre, sin perjuicio del incremento legal.

No obstante, al otorgarse el reajuste de la pensión de vejez a favor del demandante, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 143 de la ley 100 de 1993, el cual expresa que *“La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos...”*, por ministerio de la ley debe realizarse los descuentos en salud.

No se puede pasar por alto, que la Corte Constitucional, que en la sentencia C-126 de 2000, ha tenido oportunidad de pronunciarse en lo que se refiere al principio de solidaridad que tienen los pensionados frente al sistema, señalando que el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 es exequible. De igual forma, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral en numerosas sentencias, entre las que esta la SL-529 de 2020, ha manifestado que el pensionado está obligado a efectuar el respectivo aporte desde el momento en que ostenta tal calidad.

En este orden de ideas, se **AUTORIZARÁ** a COLPENSIONES descontar del valor del retroactivo arrojado, el porcentaje de las cotizaciones en salud a cargo del pensionado sobre las mesadas ordinarias, valor que deberá a su vez trasladar a la EPS a la que se encuentre afiliado el actor.

vi. Indexación de la condena.

En lo que respecta a la pretensión de **INDEXACIÓN**, esta Sala advierte, como lo ha sostenido en reiterada jurisprudencia, que la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano es un hecho notorio, y por lo tanto cuando un pago no se hace en la fecha de su exigibilidad el mismo comienza a ser depreciado, y la indexación o revaluación Judicial es el mecanismo apropiado para combatir ese defecto. Además, los efectos de la inflación son quizá más significativos en el campo laboral y de la seguridad social, dado el carácter alimentario de las prestaciones que el empleador o la entidad de seguridad social debe al trabajador o pensionado, y por lo tanto la doctrina y la jurisprudencia acuden a la corrección monetaria con el fin de procurar que el pago de lo debido sea cabal, íntegro o completo, o dicho en otros términos que el deudor cubra la prestación en su valor real.

Así las cosas, se accederá al reconocimiento de la misma, en consecuencia, se **CONDENARÁ** a la indexación de las mesadas reconocidas, debiéndose tomar para ello el valor del IPC certificado por el DANE, entre la causación de cada una de ellas y hasta el momento efectivo del pago.

vii. Incremento pensional por cónyuge a cargo.

En lo que tiene que ver con la procedencia de los **INCREMENTOS PENSIONALES**, si bien en anteriores oportunidades esta Sala de Decisión era de la postura, que la ley 100 de 1993 en sus capítulos II y III, reguladores de las pensiones de vejez e invalidez, nada dispusieron frente a los incrementos por personas a cargo, al ser normas complementarias a dicha legislación, se podía inferir que aún estaban vigentes y merecían plena aplicación.

No obstante, la Corte Constitucional aclaró tal postura, advirtiendo que los pretendidos incrementos pensionales únicamente se causaban en aquellas pensiones reconocidas en virtud del decreto 758 de 1990 y no en otros casos. Así lo dijo la Corte en sentencia SU-140 de 2019, criterio que comparte esta Sala, trayendo uno de sus apartes, donde expresa que *“...salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica, todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.”*

En el presente caso, si bien a el actor se le reconocerá la pensión de vejez bajo el régimen de transición, toda vez que cumplió con los requisitos del artículo 36 de la ley 100 de 1993, no causó el derecho antes del 1° de abril de 1994, por ende, no se le aplica íntegramente lo dispuesto en el artículo 21 del decreto 758 de 1990, norma que consagraba los incrementos por personas a cargo.

Con esta decisión el Tribunal recoge cualquier otra postura que se hubiere planteado frente al tema de los incrementos pensionales por personas a cargo, debiendo en este sentido **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia se **REVOCARÁ** y **CONFIRMARÁ**, por las razones antes manifestadas.

Las costas procesales de la primera instancia quedan a cargo de COLFONDOS S.A. En esta instancia no se causaron.

Por 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: Se **REVOCA** la sentencia de primera instancia, y en su lugar se **DECLARA** no probada la excepción de cosa juzgada.

SEGUNDO: Se **DECLARA** la ineficacia del traslado realizada por el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **COLFONDOS**, conforme se dijo en la parte considerativa.

TERCERO: Se **CONDENA** a **COLFONDOS** y a **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES**, las **cuotas de administración** y los **seguros previsionales**, los cuales se componen de la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, estos conceptos debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: Se **CONDENA** a **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES**, lo destinado a la **garantía de pensión mínima**, conforme lo dispone el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016

QUINTO: Se **CONDENA** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar el retroactivo del reajuste de la pensión de vejez, causado del 29 de enero de 2015 al 31 de julio de 2021, por la suma **\$38'659.265**. A partir del mes de agosto de 2021, **COLPENSIONES** deberá seguir reconociendo al demandante una mesada pensional por valor de **\$1'493.492**, tanto en las mesadas ordinarias como la adicional de junio y diciembre, sin perjuicio del incremento legal, junto con la indexación de la condena, tal y como quedó establecido en la parte considerativa de esta sentencia.

SEXTO: se **AUTORIZARÁ** a COLPENSIONES a realizar los respectivos descuentos en salud sobre el reajuste de las mesadas pensionales ordinarias reconocidas al demandante.

SÉPTIMO: Se **CONFIRMA** la sentencia respecto a no reconocer los incrementos pensionales por cónyuge a cargo, por las razones expuestas en esta providencia.

OCTAVO: Costas procesales como se dejó dicho en la parte motiva de esta providencia.

Se notifica lo resuelto por **ESTADOS**. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ

EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE MEDELLÍN - SALA LABORAL - HACE CONSTAR

Que la presente providencia se notificó por
estados N° 113 del 30 de junio de 2021

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>