

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL

Acta 344

Proyecto discutido y aprobado en sala virtual

Medellín, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

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 y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **NIDIA DE JESÚS PALACIO SAÑUDIO** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**.

De acuerdo a lo dispuesto en la ley 2213 de junio de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita.

ANTECEDENTES

Pretensiones

La demandante solicita que se declare la ineficacia de su vinculación al RAIS; y, en consecuencia, se condene **Porvenir S.A.** a trasladar a **Colpensiones**, el valor de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las comisiones de administración y los rendimientos causados; y a la entidad pública a tenerla como su afiliada sin solución de continuidad.

La pensión de vejez con el régimen de transición art. 36 de la ley 100 de 1993 y los intereses moratorios del art. 141 de la ley 100 de 1993.

Hechos

La actora nació el 20 de agosto de 1954, inició labores en el Municipio de Cáceres entre el 1° de junio de 1977 al 31 de diciembre de 1978 (83.32 semanas sin cotizaciones).

Luego laboró para el Municipio de Taraza desde el 18 de abril de 1983 al 30 de marzo de 1996 (636.57 semanas sin cotizaciones), siendo afiliada al ISS por esta entidad el 1° de julio de 1995, tiempo en el que contaba con 15.67 años de servicios o 806 semanas.

Posteriormente ingresó a prestar servicios en la ESE Hospital San Antonio el 1° de septiembre de 1997 hasta el 15 de mayo de 2005 fecha en que hubo retiro por supresión del cargo (396.43 semanas cotizadas).

El 8 de septiembre de 1997 se trasladó al RAIS a través de BBVA hoy Porvenir S.A., donde se encuentra afiliada en la actualidad, administradora que no le brindó la información necesaria y suficiente al momento de la afiliación.

Es beneficiaria del régimen de transición establecido en el art. 36 de la ley 100 de 1993, en razón a que acreditaba 15 años de servicio al 30 de julio de 1995, cumpliendo con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, contando para 2009 con 1932.92 semanas y tiempo de servicio.

Por no actualizar la historia laboral con los tiempos públicos, Porvenir afectó a la actora, quien se vio obligada a trabajar con una cooperativa de trabajo asociado, con un salario inferior y en una zona de alto riesgo.

La actora solicitó a su empleador Asociación Sindical de Salud de Antioquia que la retirara del sistema, la cual hizo caso omiso.

Contestación Porvenir S.A.

Esta administradora de pensiones a través de apoderada, manifestó que es cierto que la demandante se vinculó a esa entidad, luego de que se le brindara una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS.

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

Contestación Colpensiones

La administradora pública de pensiones a través de apoderado manifestó que es cierto que la actora fue su afiliada y se trasladó al RAIS, sin que le consten los pormenores de su selección.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la nulidad o ineficacia, inexistencia de la obligación, de reconocer pensión y pagar intereses de mora, devolución de cuotas

administración, inexistencia de reconocer perjuicios, prescripción, buena fe, compensación e imposibilidad de condena en costas.

Sentencia de Primera Instancia

El Juez Catorce Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del **23 de septiembre de 2022**, **declaró** la ineficacia del traslado al RAIS, ordenando a **Porvenir S.A.** trasladar a **Colpensiones**, el saldo existente en la cuenta de ahorro pensional de la demandante, incluidos los rendimientos, porcentajes descontados para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, los gastos de administración que incluye los seguros previsionales.

Finalmente, ordenó a **Colpensiones** recibir estos valores y homologarlos como semanas cotizadas teniendo al actor como su afiliada para efectos pensionales.

Condenó a Colpensiones a reconocer pensión de vejez bajo los parámetros del régimen de transición establecido en el art. 36 de la ley 100 de 1993, aplicando por el principio de favorabilidad el Acuerdo 048 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de del mismo año, en razón a la posibilidad de sumar tiempos públicos y privados sin cotizaciones al ISS.

Ordenó que la entidad procediera a liquidar la prestación una vez la actora se retirara del sistema general de pensiones, toda vez que aún se encuentra laborando, liquidación que se debe hacer con el IBL del art. 21 de la ley 100 de 1993 el más favorable, una tasa de remplazo del 90% y 14 mesadas anuales.

Absolvió de los intereses moratorios consagrados en el art. 141 de la ley 100 de 1993, en cambio ordenó pagar las sumas indexadas, y permitió los descuentos en salud.

Esta decisión fue recurrida por la parte demandante y Colpensiones en los siguientes términos.

Recurso actora

Manifiesta la apoderada que, si bien el Juez condenó al pago de la pensión de vejez, no estableció el IBL que se debe aplicar, pues si bien la actora continúa realizando aportes, ello es porque fue inducida en error y debe aplicarse lo sostenido en la sentencia 39391 del 22 de febrero de 2010, que es procedente ante situaciones como esta cuando fue por una equivocación.

Aunque en el proceso no se probó que hubiera reclamado la pensión y se la hubieran negado, le dijeron que no tenía derecho a la prestación, por lo que cabe la indicción en error.

Cabe también el retiro tácito del sistema con la solicitud que le realizó al empleador para que la retirara del sistema y si él no lo hizo, ello no tiene por qué afectar la afiliada. Como mínimo entonces debe ordenarse la pensión desde que se realizó esa solicitud, toda vez que es una señora mayor, vive el campo y no es bachiller.

Recurso Colpensiones

Solicita el apoderado de la administradora que se adicione la sentencia en el numeral segundo, en cuanto el Juez no ordenó indexar las sumas que deben ser devueltas por Porvenir con motivo del traslado.

Alegatos de conclusión

Corrido el término de traslado que ordena la ley 2213 de junio de 2022 **Porvenir S.A.** manifestó.

Teniendo en cuenta que el juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado, produciendo como efecto jurídico que las cosas vuelvan al estado anterior, y que se entienda que el demandante nunca estuvo en el R.A.I.S, de manera muy respetuosa Honorables Magistrados, les solicito que se confirme el traslado de valores en los términos del numeral “SEGUNDO” de la sentencia, frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, las comisiones de administración, lo pagado por seguro previsional y la garantía de pensión mínima.

Atendiendo a que el fallo emitido por el juez de primera instancia se condena al traslado de los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual de la parte actora, y que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, es en ese sentido, que no es posible la condena a una indexación de los valores ordenados a trasladar, pues dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los aportes que se busca reponer con la indexación, el mismo se resarciría con el traslado de unos rendimientos, que en ocasión estos últimos, a los efectos de una restituciones mutuas nunca debieron existir, por lo que de hacerlo se estaría imponiendo una condena doble en contra de mi representada.

En el presente caso, es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad, y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio

ya se ha prestado, y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo al afiliado.

Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien, en este caso una suma de dinero depositada, sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo.

Por si lo anterior no fuera poco, se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza, sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993.

Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en cómo deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS.

Alegatos Colpensiones

Se opone a una eventual condena y/o declaratoria de ineficacia de traslado, entre tanto, no está demostrado que existe vicio en el consentimiento alguno, ni mucho menos menoscabo a derechos fundamentales pues era del interés del afiliado, captar una prestación económica a menos edad de la que se exige en el RPM, además, de beneficiarse de todas aquellas características propias del RAIS. COLPENSIONES no intervino en la decisión de la afiliada de su propio traslado.

Debe tenerse en cuenta además que la Corte Constitucional avalo la coexistencia de ambos regímenes, esto es el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Además, el mismo tribunal con sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, ya había considerado válida la pérdida del Régimen de Transición para las personas que se habían trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, excepto para las personas que tuvieran 15 años de servicios a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, pero como ya se mencionó, no es el caso de la actora.

Entendida la inoponibilidad (mecanismo protector), como la ineficacia de un acto o la ineficacia de una nulidad frente a terceros. Es decir, que la ineficacia, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe -como en este caso Colpensiones-, a la par que la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de Colpensiones se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS.

En este caso, la responsabilidad de las AFP por la ineficacia de un traslado, no sólo se deben enmarcar a reparar el daño individualmente sometido a consideración de un Juez, sino que debe tener alcance frente a los daños indirectos que irradian o comprometen los derechos constitucionales de terceros, en razón de la reserva patrimonial de los pensionados y afiliados del RPM que se ven comprometidos con el desmedro que sufre la reserva pensional, y que si bien es cierto, la jurisprudencia ha indicado que al afiliado no le es atribuible y por ende no se le exige la equivalencia económica de los aportes que se devuelven del RAIS al RPM, no es menos cierto, que tal reparo económico lo debe asumir quien ha causado el daño y por virtud de la operancia de la inoponibilidad.

Toda vez que toda decisión judicial de declarar la ineficacia de traslado, repercute, en que se crea de manera injustificada y desproporcionada una obligación (con efectos patrimoniales) en cabeza de Colpensiones, quien administra los aportes de millones de pensionados y afiliados, y dicha medida para restablecer los derechos del afiliado, no pasaría el segundo criterio de la “necesidad”, toda vez que si existen otros medios menos lesivos para mantener los derechos del afiliado, y es que quien se deba hacer cargo de las prestaciones económicas que se deriven de la ineficacia sea la AFP, quien ha administrado dichos recursos y ha generado los respectivos rendimientos, así mismo, al ponderar los bienes jurídicos en tensión.

Finalmente., en caso de no aceptarse la tesis de la inoponibilidad frente al tercero de Buena Fe (COLPENSIONES), se debe evaluar por los jueces la proporcionalidad de la medida que se adopta con la ineficacia del traslado, y ponderar los bienes jurídicos en tensión, para adoptar otra medida, consistente en que sea la AFP quien asuma las cargas económicas, o que los dineros que se trasladen al RAIS, los devuelva conforme a un estudio actuarial que determine que con ellos se cubre en su integridad la prestación en los términos actuariales previstos para el RPM.

La Circular 019 de 1998 emitida por La Superintendencia Financiera de Colombia estableció que cuando el afiliado decida trasladarse de régimen o de administradora, expresará su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o ante la nueva entidad administradora, de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el

particular. Es por ello que la solicitud realizada por la accionante a la AFP, fue realizada de manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993, Artículo 13 Literal B. Por lo anterior, dicha AFP debió indicar los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisión, ya que al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy en Liquidación allegaba el formulario de la nueva AFP escogida por el ciudadano indicando el cumplimiento de la solicitud de traslado.

Lo anterior, teniendo en cuenta la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, mediante la cual se establecen los mecanismos para que tanto las AFP como Colpensiones realicen dicha asesoría a partir de 01/10/2016 a las mujeres de 42 años o mayores, y hombres de 47 años o mayores, desde dicha fecha los ciudadanos no se podrán trasladar de Régimen sin antes haber recibido dicha asesoría, por lo cual dicha restricción NO ES RETROACTIVA y comienza a regir a partir de la fecha dispuesta por la Superintendencia Financiera. Una vez verificada la información que se registra en nuestras bases de datos y en la base de datos de Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones - SIAFP, se visualiza que el demandante citado en la referencia figura válidamente afiliada a una Administradora de Fondos de Pensiones – AFP.

Por lo anterior, frente a la pretensión de traslado de régimen, no sería procedente dado a que su poderdante se encuentra a menos de 10 años de adquirir el Derecho a su Pensión, ahora bien bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste en cualquier tiempo, conforme a los términos señalados en la Sentencia Unificada 062 de 2010.

Es cierto que para la fecha de traslado el demandante plasmó su firma en el formulario y siendo este una persona legalmente capaz, debe entenderse que este acepto cada una de las condiciones ofrecidas, en consecuencia, no es dable años después venga a mostrar su inconformidad, más aún cuando tuvo la posibilidad de tener re-asesoría por parte del fondo privado que demuestra haber estado de acuerdo y satisfecha con lo que ese fondo privado le ofrecía.

Mientras no se verifique además que la demandante completa los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez tal como lo solicita con la presente demanda, esto es, que cumple con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, no hay lugar al reconocimiento del derecho por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones por cuanto se presentó un traslado de Régimen de la accionante del RPM al RAIS.

En ese orden de ideas, se colige sin mayor disquisición el hecho que la cuota de administración que cobra las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, es un ingreso propio en favor de la generación de su patrimonio, todo ello, en virtud de la afiliación realizada por el cotizante obligatorio al sistema general de pensiones, debiendo destacarse el hecho, que de encontrarse que si la misma se declara ineficaz en virtud a una afectación de la selección libre y voluntaria del régimen pensional o por faltarle a un requisito de existencia o validez, bien sea determinado por el a quo, estos dineros conjuntamente con sus rendimientos, generan un enriquecimiento sin justa causa a su favor y de no trasladarse e indexarse, constituiría desmedro de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, pues ella, nunca, desde la selección inicial de afiliación al RAIS por parte del afiliado, tuvo en su haber, la destinación o administración de esas sumas dinerarias, las cuales servirían para efectos de capitalizar el fondo de naturaleza común.

Problema Jurídico

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia de conformidad con los recursos y el grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones**, serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen de la demandante al RAIS resulta o no eficaz, (ii) Establecer que conceptos está obligada a devolver **Porvenir S.A.** a **Colpensiones** y (iii) Revisar si operó la prescripción. (vi) si la actora cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros del régimen de transición (v) sí es posible liquidar la prestación en fecha diferente a la última cotización por haber sido inducida en error a seguir cotizando.

CONSIDERACIONES

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

1. La señora **Nidia De Jesús Palacio Sañudio** nació el 20 de abril de 1954.
2. Fue afiliada al **ISS** hoy **Colpensiones** el **1° de julio de 1995**.
3. La actora se trasladó al RAIS administrado por **Porvenir S.A.** afiliación efectiva desde el **08 de septiembre de 1997**.
4. Laboró para el Municipio de Cáceres Antioquia entre el 1° de junio de 1967 y 31 de diciembre de 1978.
5. Prestó sus servicios para el Municipio de Taraza entre el 6 de febrero de 1979 y 06 de octubre de 1980, 4 de febrero de 1983 a 30 de junio de 1995 y 1° de julio de 1995 a 30 marzo de 1996.

6. Laboró para la ESE Hospital San Antonio del Municipio de Taraza desde el 1° de septiembre de 1° de septiembre de 1997 a 15 de mayo de 2005.
7. Labora para la Asociación Sindical de Salud de Antioquia en la actualidad.
8. Cuenta con 2185 entre semanas y tiempo público sin cotizaciones al ISS (938. Tiempos y 1247 a Porvenir S.A.)
9. Solicitó retiro del sistema al empleador Asociación Sindical de Salud de Antioquia el 19 de junio de 2018.
10. Para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones contaba con 15 años de servicio y para el 25 de julio de 2005 con más de 750 semanas.
11. La actora continúa cotizando.

Efectuadas las anteriores anotaciones 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, SL-1217 de 2021 y SL-755-2022.

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 a través de **Porvenir S.A.** se hizo efectivo el día **08 de septiembre de 1997**, 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 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.** al contestar la demanda, indicó que antes de efectuarse la suscripción del formulario de traslado, le suministró a la actora una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, sin embargo, consultado el expediente no se advierte prueba alguna que permita establecer que existió una información cualificada al momento de la vinculación.

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 no demostró **Porvenir S.A.** que cumpliera con su deber de información, por 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, y en ese sentido se **Confirmará** la decisión de primera instancia.

De los efectos de la ineficacia

El Juez de primera instancia **condenó** a **Porvenir S.A.** a trasladar a **Colpensiones** los gastos de administración que incluye las primas de seguros previsionales y garantía de pensión mínima, orden con la que se encuentra de acuerdo la Sala, toda vez que durante el periodo en que la actora estuvo vinculada al 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, por lo que 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 del que se le privó de recibir como consecuencia del acto declarado ineficaz.

Ahora, en lo que refiere a lo pagado por seguros previsionales por parte de la AFP del RAIS, debe indicarse que de autorizarse descuento alguno por este concepto se estaría disminuyendo el valor del porcentaje de debió corresponder a **Colpensiones**, desmejora que deben asumir los fondos de pensiones demandados con cargo a su propio patrimonio.

Ahora, 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 a identificado los siguientes conceptos:

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 RPM¹.
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 comprador².
3. Los **gastos de administración**³, concepto consagrado 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 de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes 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 beneficios⁴, (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 pensiones⁵

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados⁶.

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

¹Se 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.

²Se 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.

³ Se debe realizar la devolución de estos conceptos indexados conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL-3871-2021, CSJ SL-4062-2021 y CSJ 4063-2021.

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

⁶En 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.

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 2016⁷.

A partir de lo anterior, encuentra la Sala que le asistió razón al juez de primera instancia al ordenar la devolución de todos los conceptos que la administradora privada recibió con motivo de la afiliación de la actora, siendo la única finalidad de esta orden la de mantener la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, pues lo que se busca es que el fondo público reciba de forma íntegra aquellos valores que debieron ingresar a su administración y que por la afiliación declarada ineficaz dejó de percibir y en tal sentido se **confirmará** la decisión de primera instancia, **adicionándola** para indicar que esas sumas ordenadas por el a quo se deben trasladar debidamente indexadas, pues le asiste razón al apoderado de Colpensiones en su recurso.

ADICIONAR también para ordenar que deben ser trasladados por parte de **Porvenir S.A.**, los valores cobrados por prima de reaseguros del Fogafín durante el periodo que se mantuvo vigente la vinculación de la actora a esa administradora, sumas que deberán asumir con cargo a su propio patrimonio y trasladar indexadas.

De otro lado, y haciendo acopio de las más recientes sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia donde dijo que debe imponerse a las AFP privadas la obligación de que junto con las sumas que objeto de traslado, se entregue información donde los conceptos trasladados aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Sentencias SL-843-2022, SL-755-2022 y SL-756-2022, por lo que se Adicionará las condenas proferidas a **Porvenir S.A.**, para ordenarles que al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a **Colpensiones**, estos 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.

Precedente constitucional en materia de sumatoria de tiempos públicos sin cotizaciones con semanas aportadas al ISS para la aplicación del Decreto 758 de 1990

⁷Respecto de este particular se puede consultar la sentencia SL 2877-2020, providencia en la cual la Corte Suprema de Justicia encontró precedente la devolución de los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

En la sentencia **T-090 de 2009**, la Corte Constitucional al resolver el caso de una persona de 62 años de edad que en toda su vida laboral acreditaba con un total de 1007 semanas, (sumados tiempos públicos sin cotización con aportes al ISS) decidió amparar al derecho a la seguridad social a partir de la aplicación del *principio del indubio pro operario* en la interpretación del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, en el entendido de que se podía sumar semanas con la finalidad de acceder a la pensión de vejez.

Con posterioridad en providencia **T-181 de 2011**, la Corte reiteró su precedente comenzando por determinar si el demandante cumplía con los requisitos de Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, para finalizar con los exigidos por el Decreto 758 de 1990, encontrando que el accionante en este caso no satisfacía los requisitos establecidos por estos regímenes pensionales. Siguiendo esta línea en la T-493 de 2013, le concedió el amparo al derecho a la seguridad social a una persona que sumadas las semanas cotizadas en el sector público sin aportes y las cotizaciones al ISS acreditaba un total de 1020 semanas.

Luego con el objeto de establecer un claro precedente el Alto Tribunal expidió la sentencia SU-769 de 2014, a partir de la cual dejó en claro que es posible sumar semanas cotizadas al ISS con tiempos de servicio público sin cotizaciones, esto con el fin de garantizar el derecho a la seguridad social y en aplicación de lo que denomina *principio pro homine* y favorabilidad, que se trata de la expresión del principio protector que opera en materia de seguridad social.

Finalmente, en la sentencia **T-508 de 2017** determinó las sub-reglas aplicables en los casos en que se pretenda la aplicación del Decreto 758 de 1990, estableciendo que: (i) quien pretenda que se le aplique el régimen de transición debe ser su beneficiario, luego, (ii) debe acreditar la prestación de servicios con el sector público (con o sin cotización a fondo público) y cotizaciones al ISS, (iii) no puede cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988 o Ley 100 de 1993; puesto que si cumple con alguna de estas su derecho a la seguridad social se encuentra garantizado, sin que se deba acudir al Decreto 049 de 1990.

Efectuado este recuento, encuentra la Sala que a la aplicación de la regla jurisprudencial según la cual se puede computar tiempos de servicio público con o sin cotización a fondo público con cotizaciones al ISS, solo es aplicable de forma excepcional cuando se trate de proteger el derecho a la seguridad social. en el caso que nos ocupa la demandante cumple con los presupuestos del art. 12 del Decreto 758 de 1990, para tener derecho a acceder a la pensión de vejez.

Del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez

Régimen de transición.

Atendiendo a que la ineficacia implica privar de todo efecto práctico el traslado, se tiene la ficción legal que la señora **Palacio Sañudo** siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, lo que lleva a concluir que no perdió los beneficios de la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en razón a que, contaba con más de 35 años de edad al 1° de abril de 1994, toda vez que nació el 20 de agosto de 1954.

Ahora bien, frente al número de semanas cotizadas la Sala encuentra que la actora acredita 938 en tiempo de servicios prestados en Municipio de Cáceres Antioquia 1° de junio de 1967 a 31 de diciembre de 1978, Municipio de Taraza 6 de febrero de 1979 a 06 de octubre de 1980, 04 de febrero de 1983 a 30 de junio de 1995 a 30 de marzo de 1996.

Ahora bien, para el año 2022 la actora acredita más de 2185 semanas entre cotizadas al ISS y tiempo de servicios a los diferentes empleadores y a la vigencia del acto legislativo 01 de 2005 contaba con más de 750 semanas de cotización, concretamente 806.35, lo que permite que conservara el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014.

Al contar la actora entonces en la actualidad más de 2.185 semanas, es decir, acredita con creces los requisitos para acceder a la pensión de vejez que fue reconocida por el a quo en su sentencia. Por lo que se confirma la decisión en este aspecto consultado.

Fecha de estatus y disfrute de la prestación

En lo que tiene que ver con el momento en que la actora adquirió el status de pensionada no cabe duda que fue el **20 de agosto de 2009**, cuando cumplió los requisitos de edad y tiempo de cotizaciones, sin embargo, dado que continuó realizando aportes al sistema general de pensiones como se observa de la historia laboral aportada, el juez ordenó que fuera a partir del retiro del sistema general de pensiones que la entidad procediera a su reconocimiento.

La apoderada de la parte actora considera que debe aplicarse la teoría de inducción en error porque la actora se vio en la obligación de continuar cotizando al sistema, por este hecho.

Del retroactivo pensional y la inducción en error

Respecto al tema la Sala encuentra que por regla general para el disfrute de la pensión de vejez es necesaria la desafiliación del sistema, esto conforme lo establecido en los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990 que mantuvieron vigencia luego de la entrada en rigor de la ley 100 de 1993, por así establecerlo el artículo 31 ibídem cuando indicó que se mantienen vigentes las disposiciones regulatorias de los seguros de invalidez, vejez y muerte administrados por el Instituto en aquellos aspectos inherentes a esas prestaciones.

Pese a ello, la jurisprudencia ha identificado casos en que la aplicación irrestricta de la norma no resulta ser la adecuada, siendo los de mayor trascendencia el denominados como: (i) retiro tácito y la (ii) inducción en error, en el caso la parte actora aduce que debió seguir cotizando al Sistema de Pensiones por el error en que se le hizo incurrir por la entidad.

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

La sentencia precursora dentro de esta línea es la radicado 34514 del 1 de septiembre de 2009, en la que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al conocer el caso de una persona que solicitó la pensión de vejez cumpliendo con los requisitos, sin embargo, esta le fue negada por el **ISS** por no contar con el número suficiente de semanas, lo que llevó al demandante a vincularse al sistema efectuando nuevas cotizaciones; una posterior reclamación dio cuenta de que el demandante causó la prestación desde el primer momento negando el pago del retroactivo por existir cotizaciones posteriores, actuación desestimada por la Corte bajo el entendido que la negligencia del ISS no podía beneficiarlo en detrimento del afiliado. Tesis reiterada en la Sentencias radicados 39391 del 22 de febrero de 2011, 38558 del 6 de julio de 2011 y 44987 del 11 de mayo de 2016.

De la línea jurisprudencial citada se destacan los siguientes aspectos: (i) Debe existir una manifestación del afiliado tendiente al disfrute de la pensión de vejez, (ii) Debe haber un actuar negligente o errado de la AFP encargada de reconocer la pensión, que lleve al (iii) afiliado a seguir efectuando cotizaciones.

En el caso objeto de estudio, se tiene que, no se aportó prueba que acredite la inducción en error de que asegura fue víctima la actora, toda vez que no observa que se haya realizado solicitud pensional y la entidad haya negado la misma por falta de las semanas requeridas, apenas mediante una declaratoria de ineficacia se está condenando a Colpensiones a reconocer la prestación.

Ahora bien, sí aparece solicitud al empleador Asociación Sindical de Salud de Antioquia con fecha 30 de abril de 2018, sin embargo, la inducción en error se predica es frente a la entidad de seguridad social y no a los empleadores como se pretende.

Entonces no existe una negativa que dé lugar a concluir que la actora se vio obligada a continuar realizando cotizaciones y por ello haya sido inducida en error.

De la misma manera se despacha desfavorablemente la posibilidad de aplicar el retiro tácito del sistema, en razón a que se encuentra laborando y cotizando en la actualidad al sistema general de pensiones siendo aplicado este cuando se retira del sistema y se reclama la prestación y aun así no se reconoce. Así las cosas, se desestiman los argumentos del recurso de la parte actora.

De lo anterior se tiene que le asistió razón al Juez de primera instancia en cuanto la prestación debe ser reconocida por la entidad a partir de la desafiliación del sistema.

De la tasa de reemplazo

Para el caso en atención a que la actora se le reconoció su prestación bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, es claro que su monto porcentual es el establecido en el art. 20 de dicha norma, debiéndose confirmar este aspecto consultado.

Liquidación prestación

Respecto al IBL aplicable a la demandante se tiene que el artículo 21 del ley 100 de 1993 que reza: *Ingreso Base de Liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta Ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Para el presente caso a la actora debe aplicársele el promedio de lo cotizados durante los últimos 10 años o toda la vida laboral, en razón a que cuenta con más de 1250 semanas aportadas, tal como lo estableció el a quo.

De acuerdo a lo anterior es procedente que la entidad proceda a la liquidación de la prestación bajo los parámetros señalados por el a quo y que se confirma en esta instancia.

Procedencia de la 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.

Ahora bien, respecto a la pensión reconocida considera la Sala que frente a este derecho no existe prescripción, teniendo en cuenta que apenas fue reconocida en esta sentencia y aun la actora se encuentra realizando aportes.

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

CONFIRMAR la providencia de primera instancia proferida por el Juez Catorce Laboral del Circuito de Medellín, el día **23 de septiembre de 2022**, en el proceso ordinario laboral adelantado por **NIDIA DE JESÚS PALACIO SAÑUDIO** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**.

ADICIONÁNDOLA para indicar que esas sumas ordenadas a Porvenir S.A., se deben trasladar debidamente indexadas.

ADICIONAR también para ordenar que deben ser trasladados por parte de **Porvenir S.A.**, los valores cobrados por prima de reaseguros del Fogafín durante el periodo que se mantuvo vigente la vinculación de la actora a esa administradora, sumas que deberán asumir con cargo a su propio patrimonio y trasladar indexadas.

ADICIONAR para indicar que **PORVENIR S.A.**, al momento de cumplirse la orden de trasladar las sumas recibidas con motivo de la afiliación de la demandante, 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. En los demás confirma la sentencia.

Sin costas en esta instancia.

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

LOS MAGISTRADOS



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



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:

Proceso	Ordinario
Demandante	Nidia De Jesús Palacio Sañudio
Demandado (s)	Porvenir S.A. y Colpensiones.
Radicado	05001-31-05-014-2019-00630-01
Decisión	Confirma y adiciona sentencia
Magistrado ponente	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/131> 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 1 de noviembre de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 1 de noviembre de 2022 a las 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO