

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	Esther Zobeida Mejía Arias
DEMANDADOS	AFP Porvenir S.A., COLPENSIONES
Litisconsorte necesario por pasiva	Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público
PROCEDENCIA	Juzgado 12 Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001 3105 012 2018 0051601
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 78 de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado y reconocimiento de pensión de vejez
DECISIÓN	Adiciona termino para reconocer pensión – revoca imposición costas a Colpensiones, y ordena a esta entidad liquidar pensión.

En la fecha, **veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza, y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente a los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la **demandante, la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por la señora **Esther Zobeida Mejía Arias**, trámite al que se vinculó de manera oficiosa a la **Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público**. Radicado único nacional 05001 3105 **012-2018 00516** 01.

AUTO: de conformidad con la documentación enviada vía correo electrónico, se reconoce personería a la abogada Daniela Echeverry Garcia, para que continúe con la representación judicial de Colpensiones.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con los Acuerdos expedidos por el Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, procede a emitir sentencia, según proyecto estudiado, discutido y aprobado en sala virtual, acta Nro. **012** que se plasma a continuación:

Antecedentes

Para lo que interesa a esta instancia se tiene que las pretensiones de la demanda se orientan a obtener la declaratoria de ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A, al haberse vulnerado la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, se le tenga como válidamente afiliada y sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida, debiendo Colpensiones reconocerle y pagarle la pensión de vejez en aplicación de la Ley 71 de 1988, junto con los intereses moratorios, y la AFP Porvenir S.A., trasladar la totalidad de los aportes realizados, con los rendimientos financieros. También pide costas procesales.

En sustento de ello afirma que, nació el 20 de agosto de 1957, habiendo laborado en el sector público sin cotización hasta 1995, cuando se afilió a Colpensiones, trasladándose a Porvenir S.A, el 26 de septiembre de 1996, esto es, cuando aún no se había cumplido el término de permanencia en dicho régimen, careciendo de validez dicho acto, a más que le causó una gran afectación, pues, se le indica por parte del fondo privado que no cuenta con el capital necesario para acceder a la pensión, pudiendo optar

solo por la garantía de pensión mínima, cuando en el régimen de prima media contaría con una pensión bajo los presupuestos de la Ley 71 de 1988 y 100 de 1993, al acreditar el número de semanas y la edad exigidas por tal normatividad; que se le causaron unos perjuicios patrimoniales al tener que acudir a un proceso ordinario donde le corresponde cancelar el 30% del valor correspondiente al retroactivo pensional al abogado, de acuerdo con el contrato de prestación de servicios suscrito el 02 de agosto de 2017; que solicitó ante Colpensiones la prestación que hoy reclama.

En auto del 21 de agosto de 2018 se admitió y ordenó dar trámite a la acción, vinculándose como litisconsorte necesaria por pasiva a la **Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, enteradas de la misma las demandadas allegaron pronunciamientos así:

Colpensiones, acepta la fecha de nacimiento de la actora y la solicitud elevada tendiente a obtener las pretensiones que hoy incoa; con relación a los demás supuestos manifiesta no constarle o no ser hechos frente a los cuales deba pronunciarse. Se opuso a la prosperidad de las súplicas al considerar que carecen de fundamentación fáctica y legal, formulando las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación de traslado de regímenes pensionales, falta de causa para pedir pensión de vejez, imposibilidad de aplicar precedente judicial y la inversión de la carga de la prueba, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.**, acepta lo relativo a la afiliación el 26 de septiembre de 1996, así como que no cuenta con el capital necesario para hacerse merecedora a la pensión de vejez, y por tal debe optar por la garantía de pensión mínima, frente a los demás supuestos de hecho esboza no constarle, indicando que la actora no es beneficiaria del régimen de transición en los términos de la sentencia SU130 de 2013, al no contar con

15 años de servicio al 1 de abril de 1994 o 30 de junio de 1995, lo cual, también le imposibilita trasladarse en cualquier tiempo. Afirma que de conformidad con la historia laboral de vinculaciones de ASOFONDOS la actora no se encontraba en el régimen de prima media con prestación definida para la fecha en la que se afilió a la entidad. Se opuso a la prosperidad de ineficacia de la afiliación al tener plena validez, pues, no se configuró un vicio en el consentimiento al haber suscrito la actora el formulario de manera autónoma y mediante un consentimiento informado exento de vicios (error, fuerza o dolo), aunado a que el mismo no se hizo en contra de una prohibición leal, se dio cumplimiento al periodo mínimo de permanencia que debía tener en el régimen anterior para que su traslado fuera válido, y se siguieron todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, formulando las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, manifiesta que no le consta ninguno de los hechos expuestos, no obstante, aduce que la actora tiene derecho a la emisión de un bono pensional tipo A modalidad 2, por haberse trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y tener la historia laboral de cotización al ISS o a caja publicas un número superior a 150 semanas, concurriendo en dicho bono como emisor el Municipio de El Bagre y como contribuyente la Dirección Seccional de Salud de Antioquia. Se opuso a la totalidad de las pretensiones al ser improcedentes frente a la entidad que representa, proponiendo las excepciones de falta de integración de litisconsorte necesario, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, buena fe, prescripción, y la genérica.

La primera instancia **terminó** con sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito, en la que declaró **la ineficacia del traslado** del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir, ordenándole a esta entidad devolver a Colpensiones todos los dineros recibidos con motivo del traslado o vinculación de la actora a esta entidad, incluyendo, los saldos depositados con los respectivos rendimientos financieros, cuotas o gastos de administración y comisión con cargo a sus propias utilidades. Ordenó a Colpensiones a tener a la señora Mejía Arias afiliada, sin solución de continuidad, y a recibir los dineros para que su equivalente en semanas se refleje en la historia laboral, condenándola a reconocerle y pagarle pensión de vejez a partir del 2 de junio de 2016, en cuantía de \$1.299.040,00, 13 mesadas al año, calculando el retroactivo a 30 de septiembre de 2020 en la suma de \$81.291.204,00. A partir del 1 de octubre de 2020, la mesada asciende a \$1.531.437,00, sin perjuicio de los aumentos de ley. Dispuso la indexación de las condenas, y el pago de los aportes a salud del monto del retroactivo. Absolvió de las demás pretensiones e impuso costas a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, fijando el monto de las agencias en derecho.

El juzgador de primer grado, luego de citar la normativa a observar para definir el asunto y algunos radicados de las sentencias sobre el tema proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, efectuando una síntesis de los aspectos decantados en las mismas, indicó que en el caso a estudio el fondo accionado no logró demostrar que al momento del traslado de régimen proporcionó a la demandante una información suficiente, oportuna, completa y comprensible, abarcando todas las etapas del proceso, y dándole a conocer las alternativas existentes entre uno y otro régimen, ventajas y desventajas de cada uno, pues solo se trajo formulario de afiliación, sin que en el interrogatorio de parte se logre confesión ya que ratifica los hechos fundamento de la acción, encontrado por ello procedente la declaratoria de ineficacia de la afiliación

con las consecuentes restituciones a que se hizo alusión, ordenándole a Colpensiones recibir esos dineros para que con ellos financie la pensión de vejez a la que tiene derecho la actora, bajo los postulados de la Ley 71 de 1988, al ser procedente según la interpretación de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral la sumatoria de tiempo público y privado, y acreditar más de 20 años de servicios cuando arribó a los 55 años, estableciendo su disfrute a partir del 2 de junio de 2016, día siguiente a la última cotización, y en razón a 13 mesadas al año. Calculó el valor de la pensión atendiendo lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, siéndole más favorable el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, el cual arrojó un IBL de \$1.732.053, al que al aplicarle una tasa de reemplazo del 75%, dio una mesada pensional de \$1.299.040,00, liquidando el retroactivo a septiembre de 2020, y disponiendo frente al mismo la indexación y el descuento de los aportes a salud.

Frente a la pretensión de indemnización de perjuicios, afirmó que dicha sanción no se encuentra consagrada en el sistema general de la seguridad social, debiéndose acudir a la norma general que regula la materia, encontrando para el caso, que no se acreditan los elementos para su configuración, en tanto, si bien el traslado a Porvenir S.A. se dio, el mismo no produjo un perjuicio y mucho menos se acredita un nexo de causalidad.

Impuso costas a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, fijando las agencias en derecho para la primea en \$877.800,00 y para la segunda en \$2.633.489,00.

El **recurso de apelación** fue oportunamente interpuesto por las partes así:

El apoderado de la **demandante**, solo en lo relativo a la indemnización de perjuicios pretendida. Precisa que el artículo 4º del Decreto 656 de 1994

establece la responsabilidad de las administradoras del RAIS por los perjuicios que por culpa leve ocasionen al afiliado con el traslado, los cuales se advierten para el caso, en tanto, se le prestó una indebida asesoría, no fue diligente y cuidadosa en el ejercicio de su actividad profesional, y ello le ocasiono un perjuicio el cual consiste en que debe pagar el 30% del valor que iba a recibir del retroactivo pensional a su abogado por cuota Litis.

Porvenir S.A., pide revocar en su totalidad la sentencia, indicando que no comparte la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, frente al traslado de la prueba a cargo del fondo privado, sumado a que no se ha concedido un término suficiente para recaudar el acervo probatorio que acredite el deber de información, y que para la fecha en la cual se firmó el formulario de afiliación no existía el deber de la entidad de dejar por escrito la información suministrada, solo que quedara constancia de que la suscripción del acto se había dado de manera libre y voluntaria. También solicita revocar la condena consistente en trasladar las cuotas de administración al ser un concepto que se descontó en virtud de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el cual también se hubiera deducido si la actora hubiese permanecido en el régimen de prima media con prestación definida.

Colpensiones, indica que no se puede declarar la ineficacia de la afiliación al haber sido un acto jurídico voluntario que ha producido efectos durante muchos años, aunado a que si bien el fondo privado no acreditó el deber de información, dicha circunstancia no puede afectar económicamente los recursos públicos, a más que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al faltarle menos de 10 años para pensionarse, y ello iría en contravía de los principios de universalidad y eficiencia.

Finalmente solicita se absuelva de la condena en costas, al ser un tercero de buena fe, que no tuvo injerencia en la decisión tomada por la demandante, y que pese a ello será condenada al pago de una pensión y un retroactivo.

En lo desfavorable a Colpensiones se conoce en grado jurisdiccional de consulta.

Del término para presentar alegaciones hizo uso el **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, indicando que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado de la demandante, pues la competencia de la oficina de bonos pensionales versa frente a la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de los bonos pensionales o cupones de bonos pensionales a cargo de la Nación, procedimiento que se realiza con base en la solicitud que al respecto realice las administradoras de fondos de pensiones, contando la actora con el beneficio de bono pensional tipo A, estando como emisor el Municipio del Bagre y participa como contribuyente la Dirección Seccional de Salud, razón por la cual, al no participar como emisor ni contribuyente, debe ser absuelto.

Colpensiones, solicita la revocatoria de la decisión indicando que la actora se trasladó a la AFP PORVENIR el día 26 de septiembre de 1996, de manera, libre, espontánea y sin presiones tal y como lo hace constar el formulario de afiliación y como se expresó dentro del interrogatorio de parte, adicional a que para la fecha del traslado, el deber de información que tenían las administradoras de pensiones se encontraba en marcado en bajo los parámetros establecidos en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual en el numeral 1. ° del artículo 97, se estableció la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor

transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio, claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

Adicionalmente, aduce que la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la providencia C 086 de 2016, sumado a que dentro del proceso la parte demandante no aporta ninguna prueba en la que se demuestre fehacientemente los supuestos de hecho que alega, y pretende que bajo la figura de la carga dinámica de prueba se exima de probar mínimamente lo alegado en el libelo demandatorio, adicional a que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Finalmente, insta para que en caso de confirmarse la sentencia no le sea impuesta condena por costas procesales y se le ordene a la AFP el traslado o devolución de la totalidad de las sumas que se encuentre depositados en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que se hubieren generado, los descuentos efectuados por garantía de pensión mínima de manera indexadas.

Consideraciones:

Conforme al recuento realizado, el **problema jurídico** en esta instancia se contrae a determinar, si procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, AFP Porvenir S.A., o por el contrario, la razón está de parte de esta sociedad y de Colpensiones; en el evento de llegarse a la misma conclusión de la primera instancia, se establecerá si procede el

retorno automático de la actora al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, con las consecuentes restituciones económicas y los conceptos que estas comprenden. Se analizará también lo atinente al derecho pensional, la procedencia o no de los perjuicios, y la condena en costas a Colpensiones.

Pues bien, se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y a partir del año 2014 sentencia SL12136-2014, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994, y Ley 795 de 2003, entre otras disposiciones; posteriormente agregándose la asesoría o buen consejo Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, sin que para su exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su derecho pensional, y sin que de la suscripción del formulario se infiera su cumplimiento y tampoco se convalide la misma por el transcurso del tiempo o por la movilidad entre administradoras del RAIS, o por reasesoría posterior, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las AFP la obligación de acreditarla, la que por demás se juzga al momento del acto inicial, ello por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019,

SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL 5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020, SL081-2021 y SL145-2021), tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL, 18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020, rad.58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124, STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

Agregándose por la Corporación que corresponde a las AFP, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, brindar la debida asesoría e ilustración por cuanto:

- *i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional;*
- *ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»;*
- *iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»;*
- *iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones»;*

Sin que sea suficiente la firma de un formulario con leyenda pre impresa, que a lo sumo demuestra un consentimiento pero no que sea informado, tal como se ha explicado insistentemente por la jurisprudencia especializada, ver entre otras sentencia SL373-2021, en la que indica:

En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de

1993, hace referencia «a 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. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, 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». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019).

....

En cuanto al formulario de afiliación y su anexo, no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios. El anexo es un cuestionario a diligenciar por el afiliado, en el que se le pregunta genéricamente si fue informado y asesorado por el Ejecutivo Comercial de la AFP y si desea estar vinculado a Protección S.A. El formato solo permite dar respuesta en términos de SI o NO, sin más detalles. También se interroga sobre el salario y se hace un cálculo estimado del valor de la mesada pensional bajo el régimen privado, sin comparación alguna con el sistema público de pensiones ni consideraciones adicionales.

Como se puede advertir, ninguno de esos documentos contiene datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones. Toda la información que se le brindó gravitó sobre el propio régimen privado, situación que claramente produce un sesgo en el afiliado por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alterno. Subrayado fuera del texto.

Luego, contrario a lo afirmado por la parte recurrente, no se avizora en los autos, estando en cabeza del fondo accionado la demostración del cabal cumplimiento al deber de información, siendo su deber legal la conservación de la misma en los términos del artículo 38 del Decreto 692 de 1994, que a la letra dispone: *Las administradoras del sistema general de pensiones deberán mantener para cada afiliado un archivo en donde conservarán la información relacionada con su historia laboral, así como los demás documentos que*

señale la Superintendencia bancaria. Esta información podrá estar almacenada en microfichas, discos de computador u otros sistemas que permitan reconstruir dicha información, y más aún, si en gracia de discusión se admitiera que se dio en forma verbal, tampoco se trajo ningún medio de convicción sobre el particular, debiendo advertirse que aparte de la inversión de la carga de la prueba art. 167 del C. G. del P. y de la línea de la jurisprudencia especializada que así lo impone, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, sin que se satisfaga tal exigencia como ya se dijo con la suscripción del formulario, que demuestra solo una manifestación de voluntad.

Luego, acertada resulta la declaratoria de **ineficacia del acto de traslado** dispuesta por la primera instancia, caracterizándose esta sanción porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, siendo sus consecuencias idénticas a las de la nulidad – vuelta al estado anterior, explicándose por la Sala de Casación Laboral que en estos casos:

... los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL1689-2019, CSJSL3464-2019, CSJSL4360-2019 entre otras).

Y en sentencia SL2877-2020, radicación Nro. 78.666, fecha 29 de julio de 2020, frente al tema en concreto de las restituciones económicas, luego de transcribir el artículo 1746 del Código Civil, advirtió:

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineffectividad es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a

la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Subrayado intencional.

Y en relación con los porcentajes para el fondo de garantía de pensión mínima dijo:

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones. Lo que desvirtúa la argumentación del a quo sobre el particular.

Y concluye la Corte:

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

Posición que ha sido traída hasta la fecha, tal y como se puede evidenciar en la sentencia SL081 de 2021, por lo que acogién dose por esta instancia un argumento de autoridad, no tienen prosperidad las razones expuestas por Porvenir S.A. tendientes a excluir de la orden de restitución de **cuotas de administración** lo cual comprende los seguros previsionales y garantía de pensión mínima, pues es claro que se debe devolver el aporte integro con los correspondientes rendimientos, máxime cuando en sentencia de tutela radicado 59370 del 06 de mayo de 2020, el órgano de cierre de esta especialidad exhorta a los jueces a acatar el precedente vertical, en aras de la garantía de los principios de seguridad jurídica e igualdad, pudiendo apartarse del mismo siempre y cuando se cumpla con una carga argumentativa transparente y suficiente,

... mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide

aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015).

Sin que se cumplan en este caso tales supuestos, sino que por el contrario la identidad fáctica de los casos ya analizados por la alta corporación es total frente al que se decide en esta ocasión, y sin que se haya operado un cambio normativo o transformaciones sociales que obliguen a nuevas consideraciones, razón por la que se mantiene también la decisión en relación con las restituciones económicas por parte de Porvenir S.A. valores estos que debe asumir con cargo a sus propios recursos – Sentencia SL081-2021, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, entre otras-. Dichos valores no deben ser indexados como lo solicita Colpensiones, al ser Porvenir la entidad que tiene los mismos, a la cual se encuentra afiliada la actora y a la que se ordena su traslado, cosa distinta sucedería si estuviera involucrada otra AFP. **Se adiciona la providencia** para indicar que tales restituciones deben hacerse dentro de los **30 días siguientes** a la ejecutoria de esta sentencia.

Es de advertir, que en el caso no se está autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento del traslado, en los términos del literal b) de la misma norma en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de

Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la vinculación, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el 48 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1º, que modificó el artículo 334 superior relativo al régimen de Hacienda Pública, que en su **parágrafo** reza: ***al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su efectiva protección.***

Al imponerse al acto jurídico de traslado de régimen la sanción de ineficacia, no aplica para esta el termino prescriptivo que para la nulidad relativa prevé el artículo 1750 del Código Civil, pues según la jurisprudencia especializada, sentencia CSJ SL1689-2019, dicha figura no opera «*de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles*», razón por la cual «*el análisis de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional*», al ser «*es una cuestión inherente al derecho a la seguridad social*», que redundando en «*un aspecto ínsito a la posibilidad de adquirir una prestación pensional*» no es sujeta a término extintivo y, por tanto, puede reclamarse o hacerse exigible judicialmente en cualquier tiempo.

Establecido lo anterior, se pasa a analizar lo concerniente **al reconocimiento y pago de la pensión de vejez**, definiendo para ello si la demandante conservó los beneficios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en ese aspecto, **queda acreditado que nació el 20 de agosto de 1957**, por lo que al 30 de junio de 1995, fecha en la que entro en vigencia el sistema general de pensiones para el sector público del nivel departamental, contaba con 37 años de edad, lo que en principio la hace beneficiaria del régimen de

transición, no obstante, y para poder conservar el mismo hasta el 31 de diciembre de 2014, debe acreditar 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, supuesto que para el caso y al analizar las pruebas allegadas en el expediente, esto es, los certificados de bono pensional emitidos por el Municipio de El Bagre, Dirección Seccional de Salud de Antioquia, las historias laborales de Colpensiones y Porvenir S.A., no es posible establecer a ciencias cierta, en la medida en que la historia aportada por Porvenir S.A., se evidencian algunas inconsistencias o imprecisiones, entre ellas, que aparecen meses cotizados hasta con 33 días, cuando lo máximo es 30, y también se advierten ciclos por menos de 30 días cuando hay una relación laboral continua, al igual que se registran diversas montos aportados por dichos periodos, quedando claro solo que la actora al 11 de junio de 1996, cuenta con un total de 516,71 semanas, que equivalen a 2.847 días laborados al Municipio de El Bagre, 242 a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, y 528 al Iss hoy Colpensiones, por lo que una vez recibidos los valores que debe trasladar Porvenir S.A., **Colpensiones deberá proceder a consolidar la historia laboral, informando a la afiliada el contenido de la misma**, para que en caso de inconsistencia se tramiten las respectivas correcciones, **y una vez ello ocurra, de estar demostradas 1.378 semanas a 1 junio de 2016 certificadas por la AFP Porvenir S.A., y las 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de, reconozca la pensión de vejez**, en los términos dispuestos por el juez de primer grado, esto es bajo la Ley 71 de 1988; para la liquidación del IBL se observará el artículo 21 del primer estatuto, acogiendo el más favorable entre toda la vida laboral y los últimos diez años para la aplicación de la tasa de reemplazo del 75%, con el pago de **trece (13) mesadas al año, a partir del 2 de junio de 2016, día siguiente a la última cotización**, contando Colpensiones con el término de 4 meses posteriores al recibo de las sumas que se ordena restituir por parte de la AFP PORVENIR S.A., para consolidar la historia laboral, ponerla en conocimiento de la parte actora y

en caso de no existir inconformidad, emitir el correspondiente acto administrativo.

Ahora, si después de la consolidación de la historia laboral y su puesta en conocimiento a la parte actora, definitivamente se advierte que no cuenta con las 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la prestación le será reconocida bajo las reglas del régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, siempre y cuando cuente con las de 1.300 semanas de cotización, liquidándose el IBL con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y al promedio más favorable aplicarle la tasa de reemplazo del art 34 ibídem.

El valor del retroactivo adeudado deberá ser indexado, en aras del restablecimiento del poder adquisitivo de las mesadas retroactivas, envilecidas por efectos del fenómeno inflacionario que permea la economía nacional, ello bajo principios de justicia y equidad, punto en el que se confirma la decisión, al igual que la orden de efectuar los descuentos del aporte a salud a cargo de la demandante (artículo 143 de la Ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios, jurisprudencia constitucional y especializada).

En lo atinente a la **indemnización de perjuicios** que de la AFP reclama la demandante con fundamento en el artículo 4º del Decreto 656 de 1994, y soportados en el monto establecido en el contrato de prestación de servicios suscrito con su apoderado, en el cual se pactó el pago del 30% del valor reconocido como condena, es de indicar, que dicha pretensión no está llamada a prosperar, en tanto, la misma no corre la misma suerte en relación con la prescripción, toda vez que como se explicó en el párrafo precedente, la ineficacia al ser una cuestión inherente al derecho a la seguridad social en pensiones no está sujeta a término extintivo, pero tal subregla no se extiende a la acción para reclamar perjuicios derivados de la

responsabilidad contractual; luego, como el acto de traslado del que se pretende derivar la indemnización se suscribió el **26 de septiembre de 1996**, para la fecha de presentación de la demanda 17 de agosto de 2018, se encontraba superado con creces el término dispuesto por el art. 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8º de la Ley 791 de 2002; y si se acoge el término previsto en las normas especiales (art. 488 del C. S. del T. y 151 del C.P.T. y S.S.), también traído en sentencia de tutela de la Sala De Casación Civil STC 8885-2016, igual suerte corre esta pretensión, razón por la que esta súplica no prospera.

Frente a la condena en costas a Colpensiones, se tiene que esta entidad es vinculada al trámite con el fin de hacerle oponible las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, al ser la administradora del RPMPD en el que queda automáticamente inmersa la afiliada, razón por la que al no recaer sobre ella el cumplimiento del deber de información, por la época en que se llevó a cabo la movilidad entre regímenes y administradoras, no está llamada a soportar tal condena, por lo que se **revoca parcialmente el numeral octavo de la parte resolutive** en este aspecto.

Ante el resultado adverso de los recursos interpuestos, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **modifica** la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Esther Zobeida Mejía Arias**, en contra de **Porvenir S.A.**, y **Colpensiones**, donde se vinculó de manera oficiosa a la **Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, así:

Adiciona el numeral segundo, para ordenarle a LA AFP PORVENIR S.A., a trasladar los valores ordenados dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión.

Revoca los numerales cuarto y quinto, los cuales quedan así: ordenarle a **Colpensiones** que una vez reciba de la AFP demandada las sumas que se ordena restituir, **proceda a consolidar la historia laboral, informando a la afiliada el contenido de la misma,** para que en caso de inconsistencias se tramiten las respectivas correcciones, **y una vez ello ocurra, de estar demostradas las 750 semanas a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, realice el reconocimiento de la pensión de vejez,** en los términos dispuestos por la Ley 71 de 1988 a partir del 2 de junio de 2016 y en razón a 13 mesadas al año, para la liquidación del IBL se atenderá a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y al promedio más favorable le aplique la tasa de reemplazo del 75%, contando Colpensiones con el término de 4 meses posteriores al recibo de las sumas que se ordena restituir por parte de la AFP PORVENIR S.A., para consolidar la historia laboral, ponerla en conocimiento de la parte actora y en caso de no existir inconformidad, emitir el correspondiente acto administrativo.

De no cumplirse la exigencia de las 750 semanas, la prestación le será reconocida bajo lo establecido en el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, siempre y cuando compute las de 1.300 semanas de cotización, liquidándose el IBL con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y al promedio más favorable aplicarle la tasa de reemplazo del art 34 ibídem, en razón a 13 mesadas al año.

Revoca parcialmente el numeral octavo, para exonerar de condena en costas a Colpensiones.

En lo demás se confirma la sentencia revisada.

Lo resuelto se notifica a las partes por **estados virtuales**, artículo 295 C.G. del P. en concordancia con el Decreto 806 de 2020.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 069** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **26 de abril de 2021.**

Secretario