



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: MARTHA ISABEL SERNA NIETO
DEMANDADO: COLPENSIONES – PORVENIR S.A.
RADICADO: 050013105 018 2021 00337 01
ACTA N°: 97

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por las Magistradas **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ y JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ**, se constituyó en audiencia pública en el proceso del trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **MARTHA ISABEL SERNA NIETO** en contra de **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, para pronunciarse en virtud del recurso de apelación de **PORVENIR S.A.**, y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, frente a la sentencia con la cual el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín finalizó la primera instancia.

La Magistrada del conocimiento, doctora Ana María Zapata Pérez, declaró abierta la audiencia. A continuación, la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 97** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

La DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i)** Se **DECLARE** la nulidad y/o ineficacia del traslado de la señora MARTHA ISABEL SERNA NIETO al RAIS administrado por PORVENIR S.A. por vicios en el consentimiento; válida, vigente y sin solución de continuidad su afiliación al RPMPD administrado por COLPENSIONES; y que le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de vejez desde la fecha de su última cotización. **ii)** Como consecuencia de lo anterior se **CONDENE** a PORVENIR S.A. trasladar todos y cada uno de los aportes efectuados incluidos los rendimientos y sin descuento alguno por cuota de administración; a COLPENSIONES a reactivar su afiliación al RPM y recibir las sumas trasladadas por PORVENIR; a las demandadas el pago de las costas, y todo lo ultra y extra petita que quede demostrado. **iii)** Subsidiariamente, pretende que se **CONDENE** a PORVENIR a reconocer y pagar los perjuicios causados a la demandante con el pago del valor equivalente al que hubiera recibido si estuviera en el RPM, junto a una suma adicional de 100 SMLMV por perjuicios morales.

¹ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 02Demanda / Pág. 6 – 17

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i) MARTHA ISABEL SERNA NIETO** nació el 28 de junio de 1960. Fue afiliada al extinto ISS, e hizo aportes del 28 de febrero de 1983 hasta el 01 de mayo de 1994. **ii)** Se trasladó del RPM al RAIS administrado por PORVENIR S.A. el 07 de diciembre de 1994, momento en el cual trabajaba para TELECOM. Adicionalmente afirma tener un total de 1574 semanas cotizadas en toda su vida laboral. **iii)** Manifiesta que al momento del traslado no se le suministró información relevante sobre las condicionales que tendría en el RAIS, y las diferencias de estas con las del RPM, y que tampoco se le realizó re-asesoría antes del cumplimiento de los 47 años de edad. **iv)** Mediante comunicación de PORVENIR la entidad afirma que la asesoría fue verbal y no cuenta con soportes físicos y no es procedente declarar la nulidad pues dicha facultad es reservada a los jueces. **v)** Realizó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando la nulidad del traslado, que fuese aceptada de vuelta en el RPM, para el reconocimiento de la pensión de vejez en este régimen. Petición a la que COLPENSIONES respondió de manera negativa. **vi)** La mesada pensional que recibiría en el RPM sería mucho más alta a la proyectada en el RAIS. De esta manera, el incumplimiento del deber de información del fondo le ha causado malestar y angustia por el menoscabo a su calidad de vida al que se ve enfrentada.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLPENSIONES.²

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a la totalidad de las pretensiones impetradas en la demanda, y en especial, a una eventual CONDENA de reconocer y pagar una pensión de vejez. Propuso como excepciones las que denominó: PRESCRIPCIÓN, IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR UN RETROACTIVO PENSIONAL, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER Y PAGAR INTERESES DE MORA, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS, COMPENSACIÓN.

2.2 PORVENIR S.A.³

La entidad se **opuso** a las declaraciones y condenas en la forma en que aparecen formuladas en la demanda, y solicitó se le absuelva de todas y cada una de ellas. Propuso como excepciones las que denominó: PRESCRIPCIÓN, DE LA PRESCRIPCIÓN FRENTE AL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MORALES, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN, EXCEPCIÓN GENÉRICA.

² Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 14ContestacionColpensiones / Pág. 2 – 21

³ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 13ContestacionPorvenir / Pág. 2 – 38

3. SENTENCIA⁴

En la audiencia del **08 de mayo de 2023** la **JUEZ DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones:⁵ **i) DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la señora MARTHA ISABEL SERNA NIETO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A y le **ORDENÓ** efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación como cotizaciones con los rendimientos que se hubieren causado, las cuotas de administración debidamente indexadas, primas de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargos a sus propios recursos y por el tiempo que los demandantes realizaron aportes en el Régimen de Ahorro a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia. **iii) ORDENÓ** a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante, recibir las sumas indicadas y continuar como su administradora de pensiones. **DECLARÓ** improbada la excepción de prescripción y las demás quedaron implícitamente resueltas como meras oposiciones. **iv) CONDENÓ** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora MARTHA ISABEL SERNA NIETO pensión de vejez en el número de 13 mesadas pensionales al año, que deberá liquidar con base en la totalidad de aportes sufragados por la demandante para lo cual deberá actualizar la historia laboral y de conformidad con los parámetros establecidos en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993 una vez PORVENIR S.A. realice el traslado de los dineros ordenados; teniendo como fecha inicial del disfrute de la prestación la de la última cotización efectuada por la demandante al Sistema General de Pensiones o la fecha en que se presente la novedad de retiro. Se indexarán las mesadas en caso de generarse algún retroactivo e igualmente en ese caso del pago del retroactivo mencionado se autoriza el descuento en salud a que haya lugar, según se dijo de manera antecedente. **v) ABSUELVE** a COLPENSIONES de las restantes pretensiones incoadas en su contra y **CONDENÓ** en COSTAS a PORVENIR S. A a favor de la demandante.

4. RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR S.A.⁶

La apoderada solicita se revoque el numeral atinente a la **devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales, rubros que se ordenó devolver de**

⁴ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 29AudienciaArt.77-80CPTYSS

⁵ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 29AudienciaArt.77-80CPTYSS / Enlace <https://apigestionaudiencias3.ramajudicial.gov.co/share/f2c388bd-f931-4dee-8707-7394a6c1074b> / Min. 02:08:21 – 02:12:45

⁶ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 29AudienciaArt.77-80CPTYSS / Enlace <https://apigestionaudiencias3.ramajudicial.gov.co/share/f2c388bd-f931-4dee-8707-7394a6c1074b> / Min. 02:13:28 – 02:17:00

manera indexada, argumentando lo siguiente: i) En primer lugar, invoca el artículo 113 literal b de la ley 100 de 1993 para señalar que no se puede ordenar a PORVENIR SA la devolución de sumas diferentes a las referidas en dicha norma y condenar a pagar valores adicionales configura un enriquecimiento sin causa. ii) Señala que, con relación a los gastos de administración, la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto con radicación 20191522169003000 del 17 de enero del año 2020, indicó de forma expresa las únicas sumas a retornar. iii) Y cuestiona la condena a indexación, afirmando que es improcedente de acuerdo con lo mencionado en sentencia C-00161 del 13 de mayo del 2010, sentencia SL9316 del 29 de junio del dos mil 2016. iv) Y señala que en caso de no se tengan en cuenta estos argumentos y confirme la decisión se autorice a PORVENIR SA a título de restituciones mutuas, que de los rendimientos financieros generados en favor de la demandante se realice el descuento de esto conceptos.

5. TRÁMITE, COMPETENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁷ las partes intervinieron oportunamente:

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita se absuelva de todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda⁸ : **i)** En primer lugar, efectúa un razonamiento sobre la carga de la prueba invocando el artículo 29 de la Constitución Política, el artículo 167 de la ley 1562 de 2012 (Código General del Proceso), la sentencia C-086 de 2016 y el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo para expresar que atendiendo a la fecha en que ocurrió el traslado de régimen en vigencia del Decreto Ley 663 del 02 de abril de 1993 solo se exigía a las Sociedades Administradoras de Pensiones y Cesantías atender el formulario con el lleno de los requisitos que para los efectos preveía la entonces Superintendencia Bancaria, a fin de demostrar la aceptación y consentimiento por parte de aquel. Por lo que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible. **ii)** Y agrega que el entendimiento entre el RPM y el RAIS sugiere que los afiliados sean debidamente asesorados dado que hay aspectos técnicos que los diferencian. Sin embargo, esta regla no puede interpretarse como una situación universal que desplace las situaciones de cada caso particular y que además invierta la carga de la prueba sin mayor análisis que la naturaleza experta que tiene la administradora de pensiones.

PORVENIR S.A. solicita **REVOCAR** en su integridad la sentencia de Primera Instancia para en su lugar **ABSOLVERLA** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en

⁷ numeral 1 del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022

⁸ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 10AlegatosColpensiones

la demanda⁹, solicitud que deviene extemporánea porque de acuerdo a lo definido en el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo modificado por el 10 de la Ley 1149 de 2007, la oportunidad procesal para interponer recurso de apelación es oralmente en la audiencia en que fue proferida la sentencia mediante sustentación estrictamente necesaria y allí mismo se concederá si es procedente.

Así, se advierte que en la audiencia del pasado **8 de mayo de 2023 PORVENIR** solo cuestionó lo relativo a la condena a **la devolución indexada de los gastos de administración** y en los alegatos reitera el mismo planteamiento: **a)** Invoca el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1746 del CC así como la sentencia para concluir razonablemente que solo se traslada el valor de los aportes con los rendimientos que se hubieran causado en el RPMPD. **b)** Invoca los artículos 1746 y 964 del Código Civil, así como sentencia de la Sala de Casación Civil (*sentencia de 16 de septiembre de 2011, expediente No. 19001-3103-003-2005-00058-01*) para señalar que en atención al principio de la congruencia de la sentencia al no haberse discutido y menos probado la mala fe de PORVENIR S.A. en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a "restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES", los rendimientos financieros que logró por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS. **c)** Tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado SIEMPRE estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan. Imponer esta obligación es tanto como exigirle a cualquier compañía de seguros que, si no se presenta el siniestro amparado, debe devolver, trasladar, reintegrar el valor de la póliza pagada. **d)** Y sobre la indexación de las condenas se refiere a la sentencia C- 00161 del 2010 de la que transcribe apartes, de la sentencia SL 9316 del 29 de junio de 2016, así como providencias del Tribunal Superior de Cundinamarca y de Cali.

Finalmente, la apoderada del **DEMANDANTE** solicita se confirme la providencia.¹⁰

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación de **PORVENIR S.A.**, y del grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de **COLPENSIONES**, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de traslado de régimen inicial al RAIS. Así, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN de la DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver. Para finalmente determinar lo relativo a la CONDENAS a COLPENSIONES al reconocimiento de la PENSIÓN DE VEJEZ al régimen pensional aplicado y órdenes proferidas.

⁹ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 16AlegatosPorvenir

¹⁰ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 18AlegatosDemandante

6. LOS DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN RELACIÓN CON EL ACTO JURÍDICO DE AFILIACIÓN O TRASLADO.

Esta Sala de Decisión ha tenido la oportunidad de expresar en varias oportunidades, que la decisión de un afiliado que estaba cotizando en el **I.S.S.** o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100, **de trasladarse al RAIS**, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, **los efectos que en su caso se generan si toma la decisión de trasladarse.**

El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es exigible **desde su creación, y sin hacer distinción alguna**, de acuerdo a lo previsto en el **Decreto 663 de 1993**, aplicable a las AFP desde su origen, en el que se prescribió en el **numeral 1.º del artículo 97**, 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.*

Es así como, conforme a lo previsto en el **artículo 271** en concordancia con el **literal b) del artículo 13 de la Ley 100**, los trabajadores tienen la opción de **elegir «libre y voluntariamente»** aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de **afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social**, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación.

En relación con este aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico: **SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020, SL 2208 -2021 – SL 3871-2021- SL 5686-2021- SL 5688-2021- SL 1055-2022** que se apuntala en las siguientes premisas básicas:

- Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la **Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5, 7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2º de la Ley 1748 de 2014**, y el **Decreto 2071 de 2015**, lo cierto es que la obligación de información clara y concreta previa al traslado se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, **sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100.**
- Para ello baste citar, **el artículo 13 en sus literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100**, en concordancia con lo previsto en el **artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003**, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.

- Siendo, así las cosas, antes del traslado el usuario debe conocer la lógica del RAIS y la esencia de su funcionamiento, sustentado en la capacidad efectiva del ahorro a lo largo de toda la vida para poder garantizar el derecho a una pensión. Y debe tener total claridad acerca de los aspectos relacionados no sólo con el monto y los requisitos de causación, sino la eventual opción de no acceder a esta prestación. Todos estos aspectos deben ser expresamente informados, para que el usuario pueda efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media.
- En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la Administradora de Pensiones en esa **ETAPA PREVIA Y PREPARATORIA** a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al "DEBER DEL BUEN CONSEJO" en los términos definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el **artículo 3 del Decreto 2071 de 2015**, pues al mostrar con detalle las diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.
- Y en relación con la carga probatoria, es claro que en los términos del **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. Por ello, de acuerdo con lo previsto en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición. Y es así como las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** 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**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.
- Finalmente, baste señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos, fue plasmado en el **Código General del Proceso en el artículo 167**, norma en la que se consagra la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos que

ayuden a esclarecer el objeto del litigio y que en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, no hay duda que la parte que debe cumplir con esa carga es el Fondo Privado: **a)** Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, con la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le ha entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; **b)** Conoce y tiene los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y que hizo posible que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

Por último, debe la Sala señalar que si bien, el precedente jurisprudencial se encuentra referido a casos de personas que se encontraban afiliadas a una administradora del Régimen de Prima Media y además, beneficiarias del régimen de transición, a quienes les afectó de manera considerable la decisión de traslado de régimen pensional; sin embargo, resulta evidente que la *Ratio Decidendi* de esas providencias resulta plenamente aplicable, a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por Primera Vez, porque lo relevante está, en que efectivamente se acredite dentro del proceso por la Administradora de Pensiones, que sí suministró la INFORMACION CLARA, COMPLETA, SUFICIENTE, en términos de transparencia y eficiencia.

7. EL CASO CONCRETO

7.1. LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) MARTHA ISABEL SERNA NIETO** nació el **28 de junio de 1960** por lo que en este momento cuenta con **63 años**¹¹; **ii)** Se afilió inicialmente al **I.S.S.** desde el **28 de febrero de 1983** donde cotizó 332,14 semanas¹²; **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL en PORVENIR S.A. con fecha de afiliación el **07 de diciembre de 1994**¹³.

Las demandadas han afirmado a lo largo del proceso que la SELECCIÓN DE RÉGIMEN se tomó de **forma libre, espontánea y sin presiones** en los términos del formulario de afiliación suscrito por el actor, pero en criterio de la Sala, leyendas de este tipo no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, **acreditan un consentimiento, pero no informado**. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha precisado de forma reiterada que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta

¹¹ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 02Demanda / Pág. 18

¹² Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 14ContestacionColpensiones / Pág. 23

¹³ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 13ContestacionPorvenir / Pág. 104

clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (**CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020**).

Pues bien, según lo acreditado en el proceso, resulta evidente que para la fecha en la que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para **MARTHA ISABEL SERNA NIETO** esta tenía menos de **35 años** de edad y **de 15 años de servicio**. Pero de acuerdo con el análisis efectuado en el **acápite sexto** de esta providencia y con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de traslado, **independiente de si la demandante era beneficiaria o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una **asesoría personalizada**, analizando **las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional**.

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que si permanecía en el I.S.S., el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 55 años de edad y acreditando 1000 semanas cotizadas, para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 85 % en caso de cotizar 1400 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100.

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 57 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima (artículo 64 Ley 100); **ii)** Como la demandante tenía cotizaciones en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que habían efectuado en el I.S.S. se verían representadas en un bono pensional tipo A que sólo **se redime en el caso de las MUJERES a los 60 años**, de manera que, si se daban las condiciones para pensionarse anticipadamente, habría que negociar el bono en el mercado financiero, disminuyendo su valor, lo que tendría efecto en el valor de la mesada, en la medida en que disminuiría el valor del capital para financiar la prestación. **iii)** Frente al valor de la pensión en el RAIS, se debió explicar que ésta depende del capital consignado en la cuenta individual y según la modalidad pensional elegida (artículos 79 a 82 de la Ley 100), y que el valor que se abonaría a la cuenta individual no sería equivalente al 100% de la cotización, porque una parte se destinaría a pagar la prima mensual de la compañía de seguros, a gastos de administración y al fondo de solidaridad del RAIS. **iv)** Y en relación con la ausencia de beneficiarios en materia de pensión de sobrevivientes y la posibilidad de que los dineros de la cuenta de ahorro individual se destinen a la masa hereditaria, se debió precisar que **ello no ocurre si la muerte se presenta siendo pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia**. **v)** También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario

mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces **debían seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 57 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrando que esos dos requisitos eran superiores a los consagrados en el I.S.S. **vi)** Y que la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, es un beneficio que no se presenta en todos los casos porque está sujeto a unas condiciones y explicarle cuáles (artículo 84 de la Ley 100, vigente para la época), para que tuviese claro que, si no cumplía con ello, no obtendría pensión de vejez y por ello, la entidad le devolvería los saldos que estuvieran en su cuenta individual, con el efecto que eso genera en relación con la afiliación en salud.

Pero se observa con claridad que en el proceso no se acreditó por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES el haber suministrado esta información clara, completa y detallada, sin que se hubiese efectuado confesión en contra por la señora **MARTHA ISABEL SERNA NIETO**, diligencia en la fue enfática en reiterar las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. Debe entonces la Sala CONCLUIR, conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado, que resulta procedente **CONFIRMAR** la decisión que se revisa, para **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN**.

Debe destacarse que las ADMINISTRADORAS DEL RAIS y COLPENSIONES en la contestación propusieron la EXCEPCION de PRESCRIPCION, pero en el contexto que se ha venido analizando, debe señalarse que estamos en presencia de la ineficacia del traslado: Y una de las características esenciales de la inexistencia, es que es insubsanable por la prescripción - No adquiere vida por el transcurso del tiempo, por lo tanto, en cualquier tiempo puede ser alegada su inexistencia. En la sentencia **SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**, la Sala Laboral de la Corte explicó con claridad sobre la inoperancia del medio exceptivo, no solo por su conexidad con un derecho fundamental e irrenunciable, sino porque el sustento fáctico del proceso da lugar a consolidar el status de pensionado, y, en consecuencia, propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.

Finalmente, **en relación con las sumas de dinero que se deben devolver**, debe señalarse lo siguiente: **i)** En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias **SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019**, así como en la **SL 2877 y SL 4811 de 2020** ha explicado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). **ii)** Y como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el **artículo 1746 del Código Civil** y este por analogía es aplicable a la ineficacia, según esta disposición, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. **iii)** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la

situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al **statu quo ante** no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen. **iv)** Y en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone **negarle efecto al traslado**, tal situación solo es posible bajo **la ficción de que el mismo nunca ocurrió**. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que **nunca se cambió al sistema privado de pensiones**, y si estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que **nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES**. **v)** Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como **los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021)**, los porcentajes destinados a conformar el **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** y los valores utilizados en **seguros previsionales** con cargo a sus propias utilidades (**CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207- 2021**). **vi)** Así, reconoce esta corporación que si bien existió una administración por parte de las AFP, además del pago de seguros, producto de la declaratoria de ineficacia todos los recursos deben trasladarse a aquella administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo presente que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional, se cubren las prestaciones causadas. Por ello **PORVENIR S.A.**, efectuara la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliada. **vii)** Se destaca que ninguna de las devoluciones acá ordenadas se ve afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, excepción propuesta por las accionadas, la que a voces de la Sala de Casación Laboral de la CSJ no opera en estos litigios, dado el carácter irrenunciable del derecho pensional, que se extiende a la acción para reclamar su conformación con todos los aspectos conexos que le son inherentes (**CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996. SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**). **viii)** Finalmente, para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA esta Sala de Decisión ordenaba que el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM. Pero reexaminando el asunto, y a partir del precedente vertido por la Sala de Casación Laboral en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021,**

SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**. Al momento de cumplirse 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. Así, en este aspecto se **CONFIRMARÁ** la providencia que se revisa.

Con relación a las devoluciones que aquí se ordenan, y toda vez que al momento de proferirse la presente decisión la DEMANDANTE alcanzó los **63** años, es completamente posible que el bono pensional ya se hubiere redimido y su valor se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual de la señora **SERNA NIETO**. Al tratarse de una eventualidad no acreditada en el proceso, se adicionará la sentencia, porque el valor del bono pensional corresponde al emisor, es decir al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en consecuencia, **PORVENIR S.A.** deberá adelantar los trámites dirigidos a la correspondiente anulación del bono y devolverá a esta entidad las sumas que por este concepto hubiere recibido, debidamente indexadas. Decisión que se encuentra ajustada a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1748 de 1995, concordado con el Artículo 57 del referido Decreto, modificado por el Artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, inciso 2º hoy recopilados en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones.

7.2. LA PENSIÓN DE VEJEZ

Habiéndose concluido que en este caso procede la DECLARATORIA de INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN y decidido, que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pasamos ahora analizar la pretensión de la demanda dirigida a que se ordene a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez a la actora.

Pues bien, en este caso resulta procedente condenar a COLPENSIONES al reconocimiento de la prestación a la actora por haber cumplido con los requisitos consagrados en el **artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993**.

En efecto, en relación con el régimen pensional de la demandante, se observa lo siguiente: **i) MARTHA ISABEL SERNA NIETO** nació el **28 de junio de 1960**¹⁴. Se afilió al I.S.S. desde el **28 de febrero de 1983**, y a partir del **07 de diciembre de 1994** a **PORVENIR S.A.** **ii)** De acuerdo con lo anterior, advierte la Sala que, tal como se indicó en el **acápito 7.1.** de esta providencia, no existe duda que la señora **SERNA NIETO** no es beneficiaria del régimen de transición, porque al 1 de abril de 1994 no había cumplido 35 años de edad

¹⁴ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 02Demanda / Pág. 18

ni 15 años de servicio; en consecuencia, su régimen pensional es el definido en la **Ley 797 de 2003. iii)** Y cumple con las exigencias del **artículo 9** acreditando más de **1300 semanas**¹⁵ y la edad mínima de **57** que alcanzó el **28 de junio de 2017** fecha en la que se causó el derecho pensional, que por ser posterior al **31 de julio de 2011** genera el derecho a **13 mesadas al año** en los términos del **AL 01 de 2005**.

En relación con el DISFRUTE de la prestación, el **artículo 31 inciso segundo de la Ley 100** dispone que en esta materia resulta aplicable lo previsto en los **artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990**, porque la Ley 100 no reguló lo relativo a la CAUSACIÓN y DIFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Y ha sido pacífico el entendimiento efectuado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la diferenciación entre estas dos categorías jurídicas, reiterando en innumerables oportunidades, que estas disposiciones consagran necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez. Pero el precedente se ha decantado para enfatizar que la acreditación del retiro del sistema no amerita prueba solemne, y desde esa perspectiva, se puede verificar a partir del análisis del acervo probatorio, por ejemplo, cuando a pesar de que en la HISTORIA LABORAL no repose la Novedad de Retiro, la intención del actor de no seguir afiliado al sistema se pueda deducir o es constatable desde el momento en que dejó de cotizar¹⁶.

Pues bien, la HISTORIA LABORAL generada el **08 de marzo de 2023** muestra como última cotización fue efectuada en **febrero de 2023**¹⁷ así, al no haberse acreditado el retiro del sistema, se encuentra ajustada a derecho la decisión de ordenar a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión a partir del momento en que éste opere de manera expresa o tácita.

Del mismo modo, se verifica que en la sentencia se definieron con claridad los parámetros para definir el **valor de la mesada pensional** de acuerdo con lo previsto en nuestro ordenamiento: **i)** Para liquidar el **IBL** deberá hacerlo con fundamento en las reglas del **artículo 21 de la ley 100 del 1993**, es decir, con el promedio de todas los aportes realizados en toda la vida laboral o de los 10 últimos años actualizados con el índice del consumir certificado por el DANE, el que resulte más favorable: **ii)** Se aplicará la **tasa** de reemplazo establecida en el **artículo 34** de la **ley 100 de 1993** modificado por la **ley 797 de 2003** con el límite del 80% establecido en tal disposición (**SL 3501 de 2022**) a razón de 13 mesadas anuales.

La entidad descontará del valor del retroactivo que se llegare a generar los aportes en salud, el que opera por mandato legal (**SL 1169 de 2019** y **SL1019-2020**)

¹⁵ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 25RespuestaRequerimiento/ Pág. 3

¹⁶ **SL2567-2018**. Radicación 58021 del 4 de julio de 2018. **SL3608-2018** del 18 de julio – Rad. 57021. **SL1744-2019** del 8 de mayo – Rad. 62362

¹⁷ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 25RespuestaRequerimiento/ Pág. 11

Y se encuentra ajustada a derecho la condena a la indexación del eventual retroactivo que se llegare a causar, porque las mesadas reconocidas y no pagadas en su oportunidad legal se encuentran afectadas por la devaluación de la moneda, derivada de una economía inflacionaria como la nuestra, siendo claro que esta condena no implica el incremento del valor del crédito, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, lo que garantiza es que éste crédito no pierda su valor real. Así, se impone proferir una condena que ponga al demandante en la situación más cercana al supuesto en que se hallaría de no haberse producido el menoscabo, tal como lo dispone el **artículo 16 de la Ley 446 de 1998** según el cual *«dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales»*. Y la forma en que aquello se garantiza en el marco de la protección especial de los derechos laborales y de la seguridad social, es a través de la indexación como consecuencia de la incontenible depreciación de la moneda (**SL 359 -2021**).

7.3. COSTAS

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia condenó a PORVENIR S.A. decisión que no fue cuestionada de manera concreta. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia** al no prosperar el recurso interpuesto por **PORVENIR S.A.** serán a su cargo. Agencias en derecho 1 S.M.L.M.V.

8. LA DECISIÓN

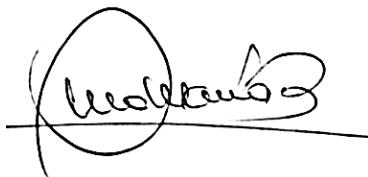
En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **DECIDE:**

PRIMERO: Se CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, pero ADICIONANDO el numeral **SEGUNDO** porque en caso de haberse redimido el bono pensional de la demandante, se **ORDENA** a **PORVENIR S.A.** adelantar los trámites para la correspondiente anulación del bono pensional TIPO A y así devolver las sumas que por este concepto hubiere recibido al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO debidamente indexadas, conforme lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

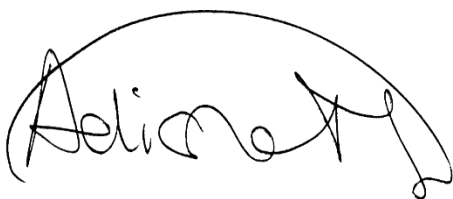
SEGUNDO: Se condena en COSTAS en esta instancia a PORVENIR S.A. Las agencias en derecho por una suma equivalente a 1 S.M.L.M.V.

Se ordena la notificación mediante EDICTO y vencido el término se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen. Se termina la audiencia y en constancia se firma por quienes intervinieron

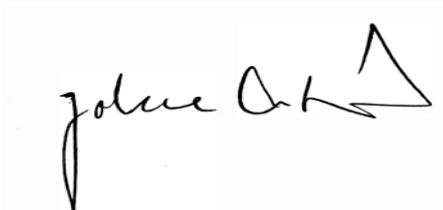
Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ



JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ