

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	Carmen Esther Ochoa Álvarez
DEMANDADOS	AFPs Porvenir S.A., Colfondos S.A y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 15 Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001 3105 015 2019 0290 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 4 de 2020
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Revoca parcialmente, adiciona y confirma

En la fecha, **veinticinco (25) de enero 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 al recurso de apelación interpuesto **por los apoderados de la demandante, AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**, y grado jurisdiccional de consulta frente a esta última entidad ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Carmen Esther Ochoa Álvarez**, tramite al que también se vinculó por pasiva a la **AFP Colfondos S.A.**. Radicado único nacional 05001 3105 **015 2019 0290** 01.

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.1 que se plasma a continuación:

Antecedentes

Pretende la demandante se declare la nulidad de su vinculación a la AFP Colfondos S.A., por vicio en el consentimiento al no habersele puesto de manifiesto las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen pensional; e igualmente, la nulidad de su posterior movilidad a la AFP Porvenir S.A., ordenándose a las AFPS el traslado del capital acumulado, junto con los rendimientos y bono pensional si a ello hubiere lugar, a Colpensiones aceptar el retorno y reconocer y pagar pensión de vejez a la actora a partir del 11 de marzo de 2018, pide también intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de las condenas y costas procesales.

En sustento de ello afirma que nació el 11 de marzo de 1961, arribando a la edad de 57 años en idéntica fecha del año 2018; realizó aportes al ISS entre el 23 de noviembre de 1983 y agosto de 1994, acreditando 556 semanas cotizadas, en esta última anualidad fue abordada por un asesor de Colfondos quien le sugirió trasladarse de régimen, omitiendo explicarle las diferencias entre ambos, al igual que las ventajas y desventajas, solo se limitó a crearle una falsa ilusión que podría pensionarse antes de la edad mínima con un monto superior; en el 2009 le fue sugerido por un asesor de BBVA Horizonte hoy Porvenir S.A. el traslado de administradora para obtener mayores rendimientos, omitiendo también explicación sobre las diferencias entre ambos regímenes. Luego, tales traslados no obedecieron a una verdadera, libre, voluntaria y plena manifestación de voluntad, por falta al deber de información. Puntualiza que la actora solicitó a Porvenir proyección de mesada que le correspondería en el RAIS, explicándosele por un asesor que no alcanzaría a obtener tal beneficio. Que cuenta con 1.352

cotizadas y mediante derecho de petición agotó ante Colpensiones reclamación administrativa, sin que a la fecha de presentación de la demanda se le haya emitido respuesta.

En auto del 09 de mayo de 2019 se admitió y ordenó dar trámite a la acción, y debidamente notificadas las entidades demandadas allegaron pronunciamientos así:

Colpensiones, admite la fecha de nacimiento de la afiliada, pues está acreditada con copia de su cédula de ciudadanía, los aportes realizados al otrora ISS, el número de semanas cotizadas al sistema pensional de acuerdo con la prueba allegada, el agotamiento de reclamación administrativa frente a las pretensiones de esta acción y la no emisión de contestación, los demás supuestos no le constan. **Se opuso** a la prosperidad de las súplicas y formuló las excepciones de inexistencia de la ineficacia en el traslado de régimen, inexistencia del pago de retroactivo pensional, descuentos por salud, buena fe, prescripción, innominada, compensación e imposibilidad de condena en costas.

La **AFP Colfondos S.A.**, no le consta la fecha de nacimiento de la demandante y su edad actual por ser de su fuero interno, tampoco la afiliación al ISS hoy Colpensiones por ser un tercero ajeno a esa entidad, por lo que desconoce extremos y semanas cotizadas. Sobre las circunstancias que rodearon el traslado de régimen de la demandante a esa sociedad son apreciaciones subjetivas de su apoderado, pero explica que fue un acto realizado de manera libre y voluntaria, el 11 de julio de 1994, sin ningún tipo de presión, y explica que:

La información dada por los agentes de COLFONDOS, fue suficiente, completa y veraz, sin omitir la verdad, se le informó a la demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión y una vez la misma fuera solicitada ante la AFP COLFONDOS S.A., pues la misma se calcula a partir de tres variables: la edad del posible pensionado y su

grupo familiar determinando la expectativa de vida de los beneficiarios de la pensión; el capital acumulado a la fecha del cálculo incluyendo aportes obligatorios y voluntarios, rendimientos y bono pensional si hay lugar a él; y la tasa de rentabilidad esperada a largo plazo del Fondo Especial de retiro programado; siendo la rentabilidad resultado del ejercicio en el mundo financiero, sin que ello implique riesgo para la afiliada. ... Tenemos entonces que el cumplimiento de estas variables y en consecuencia la edad y el monto de la pensión que logre alcanzar dependen directa y exclusivamente de la afiliada y no de la Administradora del RAIS.

COLFONDOS, entregó información objetiva a la demandante sobre el RAIS y su comparación con el RPM, entre ellos cálculos comparados que le permitían entender las condiciones pensionales que tenía, al igual que información sobre las características, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, decidiendo este tomar de manera libre y espontánea su decisión de cambio. En consecuencia, no es cierto que COLFONDOS o sus representantes comerciales hayan omitido información al demandante antes de que firmara su afiliación.

La asesoría que recibió la demandante fue íntegra y transparente...contempló la posibilidad de optar por una pensión a la edad que escogiera, siempre y cuando contara con el capital suficiente.

Siendo tan clara la voluntad de permanecer afiliada al RAIS que no hizo uso de la figura del retracto establecida en el decreto 1161 de 1994, ni del periodo de gracia que trajo la ley 797 de 2003, a pesar de haberse divulgado mediante comunicados de prensa, ni tampoco tomó la decisión de retorno antes de encontrarse a diez años para consolidar la edad pensional. Los demás supuestos no son ciertos o no le constan. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicio en el consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la misma, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

La **AFP Porvenir S.A.**, manifiesta que no le consta la fecha de nacimiento de la demandante por no allegarse registro civil, no le consta tampoco su afiliación al régimen de prima media y las semanas cotizadas, ni el traslado al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A., ni la información brindada por el asesor de esa sociedad. Es cierta la vinculación a la AFP HORIZONTE

S.A., hoy Porvenir S.A., encontrándose la información suministrada acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, *por lo tanto, las reglas y condiciones en que se realizan las vinculaciones de los afiliados no son caprichosas, sino que son el resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que para el efecto ha impartido la Superintendencia Financiera de Colombia.* Agrega que los asesores reciben permanente capacitación para garantizar una adecuada orientación y asesoría a los potenciales afiliados, precisando *que a la actora se le brindó una asesoría completa y detallada sobre las características y condiciones del RAIS y sus diferencias con el RPMD,* sin que en la demandan exista prueba siquiera sumaria que convalide los argumentos injustificados de la actora. *Lo cierto, es que los Fondos de pensiones han actuado conforme a derecho y sus asesores han prestado siempre una asesoría completa y oportuna, todo ello como consecuencia de las capacitaciones que en forma permanente se realizan en estas administradoras....* Adicional ... *la demandante conocía que el valor de su pensión, dependería del capital que lograra acumular en la cuenta de ahorro individual, toda vez que el derecho a la pensión se va construyendo a lo largo de la vida laboral del asegurado, teniendo en cuenta su estabilidad en las cotizaciones, su IBC, entre otros aspectos. Los cuales son imposibles de prever a futuro, y con la mera vinculación a determinado régimen pensional no se garantiza el derecho y monto de una pensión.* Los restantes supuestos no son ciertos o no le constan. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló como **excepciones de mérito** las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

La primera instancia terminó con sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito, en la que declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS administrado por Colfondos S.A. y Porvenir S.A.; **condenó** a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, **sin incluir otros conceptos ni cuotas de administración, absolvió a Colfondos S.A.** de trasladar a

Colpensiones las cuotas de administración y otros conceptos por la afiliación de la demandante; **condenó** a Colpensiones a activar la afiliación de la actora en el RPMPD, y a que una vez reciba de la AFP PORVENIR S.A. los dineros de la cuenta de ahorro individual, proceda a reconocer y pagar pensión de vejez a la señora Ochoa Álvarez bajo la regulación de la Ley 797 de 2003, con los parámetros del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tomando el IBL más favorable, entre el de toda la vida y últimos diez años, y tasa de reemplazo conforme al artículo 34 Ibídem. La fecha de disfrute de la mesada pensional será a partir del 11 de marzo de 2018, 13 mesadas al año. Las excepciones propuestas quedaron implícitamente resueltas, excepto la de prescripción sobre la que se hizo pronunciamiento expreso y no prospera, gravó con costas por valor de un salario mínimo a cargo de cada una de las accionadas, para un total de \$2.633.409.

Argumentó la falladora que, a pesar de los puntos polémicos sobre el particular, ante la existencia de línea reiterada de la jurisprudencia especializada, ha venido ajustando su criterio a la misma, acogiendo lo relativo a la demostración del deber de información al momento de traslado de régimen pensional, carga que recae en las AFP y que para el caso no fue allegada, por lo que procedente resulta la declaratoria de ineficacia del traslado que del régimen de prima media al de ahorro individual efectuó la actora; sin embargo, por razones de equidad y proporcionalidad, y considerando que las AFP actuaron de buena fe, no hay lugar a la devolución de las cuotas de administración, por lo que ordenó únicamente la restitución de los recursos en la cuenta de ahorro individual a la AFP Porvenir S.A., declarando impróspera la excepción de prescripción al ser la ineficacia inescindible del derecho pensional. Y en cuanto al derecho pensional considero satisfechos los requisitos de edad y densidad de semanas exigidas en el RPMPD, por lo que concedió la prestación en los términos ya indicados, quedando a cargo de Colpensiones su liquidación. Gravó con costas a todas las accionadas, al haber manifestado oposición a

las pretensiones, imponiendo agencias en derecho a favor de la demandante en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para cada una.

Recurso de apelación, fue oportunamente interpuesto así:

El apoderado de la demandante, manifiesta que, si bien se reconoció la pensión a partir del 11 de marzo de 2018, no se determinó el valor de la mesada, a pesar de obrar en el expediente los elementos para ello, esto es, ingresos bases de cotización de toda la vida y de los últimos 10 años, pide entonces proceder a su cálculo, fijándola para el año 2018 en \$1.725.325 y para 2019 \$1.847.837.

También muestra inconformidad con el no otorgamiento de intereses moratorios e indexación, pues al cumplir 57 años y contar con más de 1.300 semanas cotizadas, la demandante solicitó la prestación por vejez, sin que se pueda trasladar la negligencia de las accionadas a esta, pues si hubiere sido informada que no le convenía trasladarse al RAIS, no se hubiera sometido a los traumatismos, incluso legales, que ello le implicó, hasta obtener la declaratoria de ineficacia, luego al cumplir los tres elementos para causar la prestación, acreditando la edad para el 11 de marzo de 2018 y superar las 1.300 semanas, solicitando la misma, la intención era obtenerla desde esa fecha, estando definido por la Corte Suprema que en todos los casos son procedentes los intereses moratorios (Ley 100 y Ley 71) e incurriendo las demandadas en mora en el otorgamiento de la pensión, los mismos resultan procedentes y en caso de no prosperar estos, pide la indexación de las mesadas.

Finalmente agrega que, aunque es un asunto que corresponde a Colpensiones, la devolución de aportes por parte de Porvenir debió ordenarse completa, porque con ellos se cancela la pensión de vejez por lo

que se deben incluir las cuotas de administración y demás emolumentos para no afectar el sistema público.

La **AFP Porvenir S.A.**, solicitar revocar la decisión, porque el traslado de la demandante fue un acto libre y voluntario, sin que se incurriera en prohibición legal, ni tuviera derecho adquirido, ni gozara de régimen de transición, y sin tener expectativa legítima alguna, estando la pensión de vejez sometida a una condición suspensiva, siendo su determinación imprevisible al momento en que se perfeccionó la afiliación, y también clara su voluntad de permanencia en el RAIS por el gran número de semanas cotizadas, resultando imposible establecer de forma clara o cierta si al momento de traslado le era más conveniente uno u otro régimen. Agrega que la información brindada estuvo acorde con las disposiciones legales vigentes, sin que se puedan imponer a las administradoras requisitos no contemplados para la época en que se perfecciono el acto, máxime cuando el RAIS pone en manos del afiliado la decisión de su futuro conforme a su ahorro, mediante la posibilidad de aportes voluntarios como lo indica la ley y en circunstancias diferentes al régimen de prima media, construyéndose la pensión a lo largo de la vida laboral, con la estabilidad de cotizaciones, teniendo incidencia en el monto de la mesada la composición del grupo familiar y las circunstancias posteriores como la invalidez o la muerte, aspectos imposibles de prever, por lo que no puede garantizarse un monto.

Agrega que lo pretendido por la demandante no es atacar la omisión de información sino obtener favorabilidad en el monto de la mesada, siendo esta la verdadera razón de estos procesos, lo que no es válido porque desde esa óptica todos los casos deben declararse ineficaces desconociéndose la constitucionalidad del RAIS, debiendo analizarse cada situación particular, considerando que en el régimen de prima media el Estado debe aportar entre el 30 y 40% de la mesada, lo que recae en cada uno de los habitantes y se debe soportar el pago a los pensionados,

desconociéndose los presupuestos de estabilidad del sistema financiero, por lo que se deben tener en cuenta las consecuencias de estos fallos y no se puede predicar en todos los casos ineficacia por falencias de información, sin que exista un perjuicio claro, cierto y específicamente determinado al momento del traslado y sin que se pueda hablar de afectación para el año 1994, cuando a la fecha han pasado más de 24 años. Puntualiza que los asesores suministran información clara, suficiente y transparente para que la afiliación se tomara a conciencia.

Colpensiones, solicita revocar la sentencia en cuanto a exclusión de las cuotas de administración para efecto de las restituciones mutuas, pues la conducta indebida que originó la declaratoria de ineficacia del acto de traslado es atribuible a las AFP Porvenir y Colfondos, quienes deben devolver los aportes, rendimientos y gastos de administración, en los términos explicados en sentencias 31989 de 2008 y 1421 de 2019, Sala Laboral Corte Suprema. En cuanto a la **pensión de vejez** afirma que hay lugar a ella a partir del momento en que se pague el cálculo actuarial y del retroactivo se debe autorizar la deducción de aportes para salud y finalmente, pide **exoneración de condena en costas** al haber sido su actuar de acuerdo a sus competencias y funciones, sin que se evidencie en la misma conducta abusiva, citando como sustento sentencia del Consejo de Estado en la que fue M.P. Ricardo Hoyos Duque.

En lo no recurrido, desfavorable a Colpensiones se conoce en grado jurisdiccional de consulta.

Del término para presentar alegaciones ante esta instancia se hizo uso así:

El apoderado de la **AFP Porvenir S.A.**, insiste en la revocatoria de la decisión, pues no se configura ninguna de las causales o vicios establecidos en los artículos 1741 y 1598 del Código Civil, y si lo que se pretende es la

ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ninguna circunstancia se refiere siquiera por aproximación a lo dispuesto en el artículo 1740 del Código Civil, sin que ninguno de los presupuestos legales invocados como fundamento de la acción quedaran demostrados. Seguidamente, y luego de exponer argumentos que considera pertinentes para el caso, concluye en que no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco la ineficacia del acto jurídico de traslado por falta de consentimiento informado, como quiera que esa entidad cumplió con la carga probatoria de haber suministrado información suficiente y objetiva, lo que se refleja en el formulario de afiliación, documento que se presume auténtico al no haber sido tachado o desconocido en los términos de ley, sumado a lo expuesto por la actora en los diferentes actos ejecutados.

La apoderada de **Colpensiones**, reitera que esta entidad es un tercero ajeno al acto de traslado y por tanto no se le puede atribuir ninguna consecuencia, y en caso de mantenerse la ineficacia se debe ordenar la devolución de la totalidad de conceptos por parte de los fondos privados y exonerársele de la condena en costas, citando frente a este último aspecto pronunciamiento del Consejo de Estado, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

La apoderada de la **AFP Colfondos S.A.**, pide confirmar el numeral 3º de la decisión, en el cual se absolvió a esa sociedad de trasladar a Colpensiones dineros por cuotas de administración u otros conceptos, pues frente a estos operó el fenómeno extintivo de la prescripción, y de acuerdo con el Decreto 2555 de 2010 los mismos tienen una destinación específica en 11 gastos, uno de los cuales es garantizar la defensa judicial del fondo, otro la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que ampararon a la demandante durante la vigencia de su vinculación, cumpliéndose así la destinación específica en estos rubros, y adicionalmente el mismo Decreto señala que el manejo de estos recursos

es vigilado por la Superintendencia Financiera, siendo Colfondos la AFP que mejor hace uso de los gastos de administración al generar rentabilidad superior a la mínima exigida. Tampoco se podría ordenar el reembolso del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima por no estar en su poder y en la etapa de fijación del litigio no se hizo referencia a sumas que estuvieran en poder de terceros que ni siquiera fueron vinculados al trámite. Finalmente agrega, que no puede ordenarse la indexación de las eventuales sumas a devolver, porque los rendimientos generados son superiores a los que hubiere podido obtener el ISS hoy Colpensiones, amén de no haberse solicitado en la demanda lo que constituiría una violación del principio de consonancia y congruencia, así como del derecho de defensa.

En orden a decidir, basten las siguientes,

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 Colfondos S.A., y el posterior tránsito entre administradoras, en la actualidad Porvenir S.A., o por el contrario, la razón está de parte de esta sociedad; 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 por parte de las AFPs y los conceptos que estas comprenden. Se analizará también lo atinente al derecho pensional, la procedencia o no de intereses moratorios o en subsidio indexación, 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, en la Ley 795 de 2003; posteriormente agregándose la asesoría ó buen consejo entre 2009 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 el cumplimiento de esta obligación y tampoco se convalide la misma por el transcurso del tiempo o por la movilidad entre administradoras del RAIS, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las administradoras de pensiones la obligación de acreditarla, la que por demás se juzga al momento del acto inicial, sin que se convalide por actuación o reasesoría posterior, 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), 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).

Contradictorias y carentes de sustento probatorio resultan las afirmaciones de la AFP Porvenir S.A. al pronunciarse sobre los hechos de la demanda, pues, **no le consta la fecha de nacimiento de la demandante por no existir documento idóneo, registro civil; no le constan la afiliación y aportes realizados a Colpensiones, por ser una entidad diferente a la administradora, ateniéndose a la prueba; admite el traslado entre administradoras del RAIS efectuado por la actora, indicando que se le suministró una información acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre las AFP ejerce la Superfinanciera,** y frente a que la afiliación al RAIS y traslado entre administradoras *no obedeció a una verdadera, libre y plena manifestación de voluntad, toda vez que la misma aconteció por la falta al deber de información,* **dijo no ser cierto, al brindársele información completa y detallada sobre las características y condiciones del RAIS y sus diferencias con el RPM, prestando siempre una asesoría completa y oportuna,** y adicional a ello indica que la demandante conocía que el valor de su pensión dependía del capital que lograra acumular en la cuenta de ahorro individual, pues la prestación se va construyendo a lo largo de la vida laboral teniendo en cuenta la estabilidad de sus cotizaciones, luego es claro que no se efectuó por esta AFP estudio particular de la señora Ochoa Álvarez frente al sistema pensional, porque, de un lado, ello no es posible sin conocer su edad, la existencia de bono pensional por los aportes al RPMPD, que en el caso de las mujeres tiene redención plena a los 60 años o anticipada con las consecuencias económicas por el castigo en su valor, tampoco se estableció su capacidad de ahorro a efectos de hacer aportes

para obtener mayor mesada pensional a menor edad, pues de ello no obra prueba en los autos.

Resulta pertinente incorporar, a título ilustrativo, el cuadro que sintetiza el recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones elaborado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1688-2019:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Explicándose por la misma Corporación en sentencia de tutela radicación 59.370 del 06 de mayo de 2020, sobre el mismo tema:

... el deber de información a cargo de las AFP, en los términos en que le era exigible para la época del traslado del actor, no necesariamente se cumple con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como parece entenderlo de manera equivocada el Tribunal encausado. Lo que exigían las normas vigentes a esa fecha era dar a conocer «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» (numeral 1.º, artículo 97 del Decreto 663 de 1993), premisa que implica una

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, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible.

Brillando por su ausencia prueba de tales circunstancias en el caso a estudio, por lo que acertada resulta la declaratoria de **ineficacia** dispuesta por la primera instancia, caracterizándose esta sanción porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica, y sus efectos son idénticos a los de la nulidad – vuelta al estado anterior, explicándose por la jurisprudencia especializada 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, luego de transcribir el artículo 1746 del Código Civil, precisó:

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 ibidem-.

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».

Acogiéndose por esta instancia un argumento de autoridad y acatándose el precedente pacífico de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no tienen prosperidad las consideraciones de la falladora de primer grado tendientes a excluir de la orden de restitución las cuotas de administración, 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).

Lo que no realiza la a quo, siendo evidente que en este asunto no se cumplen 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 revoca parcialmente el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia, para condenar a la AFP PORVENIR S.A.,** a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término allí fijado, además del valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, el porcentaje deducido por gastos de administración (que en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, incluyen además de tal concepto, las primas de seguros y reaseguros al igual que el porcentaje destinado a garantía de pensión mínima), **y en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se hace extensiva la orden de restitución de cuotas de administración completas, incluido el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima y debidamente indexadas a la AFP COLFONDOS S.A.,** durante el tiempo de permanencia de la afiliada en esa administradora, por ser esta una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia de su traslado de régimen, conforme lo ha expuesto la jurisprudencia especializada en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL17595-2017, SL4989-2018, y más recientemente en la SL1763-2020, **restituciones que se deben hacer dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, revocándose entonces el numeral 3º de la parte resolutive.**

Debe agregarse que si bien es cierto uno de los fundamentos o motivaciones de la acción es obtener un valor más beneficioso en cuanto a mesada pensional, ello se encuentra acorde con el calificativo irrenunciable de la seguridad social, que no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que desde un enfoque material, busca la satisfacción en su totalidad a fin de que los derechos e intereses objeto de protección sean

reales y efectivos; *en este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada.* Ver sentencias SL8544 y SL 13430 de 2016, lo que se ajusta además al principio de la dignidad humana, fundante del Estado Social de Derecho (art. 1º de la Constitución Política), y del sistema integral de seguridad social (art. 1º ley 100 de 1993).

Finalmente se tiene que, en forma alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera como se considera por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la afiliación al RPMD, 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, en su **parágrafo** dispuso: ***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.***

En relación con **el derecho pensional**, estando demostrado que la demandante nació el 11 de marzo de 1961 (cédula de ciudadanía obrante en varios folios del expediente digital), arribó a la edad de 57 años en idéntica fecha de 2018, sin gozar del régimen de transición, le resultan aplicables las disposiciones del sistema general, esto es Ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, contando según documentación expedida por la AFP Porvenir, obrante entre otros a fls. 160 y ss. con **1.352 semanas cotizadas**, de ellas **556 al Iss hoy Colpensiones**, frente a las que se allega información para la expedición de

bono pensional; **sin embargo, contrario a lo afirmado por el apoderado demandante**, no se cuenta en el expediente con la historia laboral completa y detallada válida para liquidar la prestación, pues en todas las expedidas por Colpensiones, visibles entre otros a fls. 27 y ss., 32 y ss., 37 y ss., 76 y ss., 80 y ss., solo se relacionan 59 semanas, por lo que una vez recibidos los valores que deben trasladar las administradoras codemandadas, **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 1.352 semanas certificadas por la AFP Porvenir S.A., o mínimamente las 1.300 exigidas por ley, reconozca la pensión de vejez**, en los términos dispuestos por la juez de primer grado, esto es bajo las normas del régimen general (Ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003), y 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 establecida en el artículo 34 Ibídem, con el pago de **trece (13) mesadas al año**.

En cuanto a los **intereses moratorios**, se tiene que la tesis actualmente vigente en la jurisprudencia especializada pregona que no son de aplicación automática, luego como solo con esta decisión se declara la **ineficacia del traslado de régimen pensional y se reactiva la vinculación al RPMPD**, sin que sea posible efectuar tal pronunciamiento en vía administrativa por Colpensiones, **no hay lugar a imponer tal condena, punto de la decisión que se confirma**; acogiéndose entonces la **indexación** peticionada de manera subsidiaria, en aras del restablecimiento del poder adquisitivo de las mesadas retroactivas, si a su pago hay lugar, envilecidas por efectos del fenómeno inflacionario que permea la economía nacional, ello bajo principios de justicia y equidad. **Adiciona la decisión en tal sentido.**

Y también se **adiciona** la autorización a **Colpensiones para que de las mesadas retroactivas, si hay lugar a ellas, efectúe el descuento del aporte a salud a cargo de la demandante** (artículo 143 de la Ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios, jurisprudencia constitucional y especializada).

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.

Es del caso advertir que 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 y 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 redunda 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.

Costas en esta instancia a cargo de la **AFP PORVENIR S.A.** a quien se decide adversamente el recurso vertical, las agencias en derecho a favor de la demandante, se fijan en la suma de \$877.803,00.

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, **revoca, modifica y adiciona** la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Carmen Esther Ochoa Álvarez**, contra las **AFPs Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones**, así:

Revoca el numeral segundo para ordenar a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones, además del valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, el porcentaje deducido por gastos de administración (que en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, incluyen además de tal concepto, las primas de seguros y reaseguros al igual que el porcentaje destinado a garantía de pensión mínima).

Revoca el numeral tercero y en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se hace extensiva la orden de restitución de cuotas de administración completas, incluido el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima y debidamente indexadas a la AFP COLFONDOS S.A., durante el tiempo de permanencia de la afiliada en esa administradora, **restitución que se debe hacer dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión**, artículo 16 Decreto 692 de 1994.

Modifica el numeral quinto, para ordenar a **Colpensiones** que una vez reciba de las AFP codemandadas 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 1.352 semanas certificadas por la AFP Porvenir S.A., realice el reconocimiento de la pensión de vejez**, en los términos

dispuestos por la juez de primer grado, indexando las mesadas retroactivas, teniendo en cuenta su causación periódica, en aras del restablecimiento de su poder adquisitivo. **Adiciona** la autorización a **Colpensiones** para que, de las mesadas ordinarias retroactivas adeudadas, si a ello hubiere lugar, efectué el descuento a salud a cargo de la demandante.

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

En lo demás se confirma la sentencia revisada.

Costas en esta instancia a cargo de la **AFP Porvenir S.A.** a quien se desata adversamente la apelación y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$908.526,00.

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

Rad.: 05001 3105 **015 2019 0290** 01
Dte.: Carmen Esther Ochoa Álvarez
Dda.: AFPs Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones

Certifico: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS** No 11 fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín **26 de ENERO de 2021**

Secretario