

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, trece (13) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: LUZ AMPARO CARDONA CUERVO
DEMANDADO	: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-004-2018-00843-01
RADICADO INTERNO	: 359-22
DECISIÓN	: ACLARA Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 012

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el recurso de apelación, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

Se reconoce personería al Dr, JUAN CAMILO POLANIA MONTOYA, como apoderado de Colpensiones según el poder de sustitución allegado y por cumplir con los requisitos del artículo 75 y ss del C.G.P.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la nulidad o ineficacia de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual a Colfondos S.A y como consecuencia, se ordene a Colfondos a la evolución de la totalidad de los aportes de la cuenta de la demandante con sus respectivos intereses y rendimientos financieros a Colpensiones y se declare que la demandante se encuentran válidamente afiliada a Colpensiones en el régimen de prima media conservando el régimen de transición, y se condene a Colpensiones a

reconocer y pagar la pensión de vejez de manera retroactiva desde el cumplimiento de los requisitos con las mesadas adicionales, los intereses moratorios, la indexación de las condenas y las costas del proceso.

Como supuestos facticos manifestó que fue afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde el 15 de abril de 1974 y se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos el 7 de febrero del 2003, y que Colfondos al momento de efectuarse el traslado no le prestó la debida asesoría ni le informó sobre las implicaciones y consecuencias del traslado, no le informó que de afiliarse a dicho régimen perdería el régimen de transición, que la demandante a la fecha no se ha podido trasladar al régimen de prima media para asegurar su pensión de vejez, que a la presentación de la demanda cuenta con 55 años de edad y para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años de edad, que ha cotizado como empleado dependiente más de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad y cuenta con más de 750 semanas el 25 de julio del 2005, que radicó documentación ante Colpensiones para que le fuera reconocida la pensión de vejez el 9 de noviembre del 2018.

RESPUESTA COLFONDOS S.A

Esta entidad dio respuesta manifestando que acepta la fecha de nacimiento de la demandante y afiliación ante dicha entidad, y frente a los demás hechos manifestó que no se aceptan, se opuso a la totalidad de las pretensiones dirigidas en contra de dicha entidad y propuso como excepciones las que denominó como Falta legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la filiación, innominada o genérica, ausencia de vicios en el consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

RESPUESTA COLPENSIONES

Al dar respuesta a la demanda indica que acepta la edad de la demandante y frente a los demás hechos manifiesta que no le constan, se opuso a la totalidad

de las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación de aceptar el traslado de régimen pensional, inexistencia de la obligación de pagar la pensión de vejez bajo el régimen de transición, inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios, ausencia de causa para pedir, prescripción y compensación.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 10 de noviembre de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la señora Luz Amparo Cardona Cuervo que hiciera al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A realizado el 7 de febrero del 2003 quedando incólume su afiliación inicial en el régimen de prima media con prestación definida actualmente a cargo de Colpensiones entendiéndose que la demandante estuvo afiliada a dicho régimen de manera permanente y sin solución de continuidad. ORDENÓ a Colfondos S.A proceda a la devolución de todas las sumas que recibió con ocasión del traslado y las que actualmente integran la cuenta de ahorro individual de la demandante tales como aportes, rendimientos financieros en su totalidad, las primas de seguros previsionales, los aportes para garantía de pensión mínima, y los gastos de administración, los cuales deberán trasladarse a Colpensiones debidamente indexados desde su causación hasta su pago y a cargo del propio patrimonio de Colfondos, precisando además que serán recibidos por Colpensiones dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firmeza de la sentencia a su satisfacción y equivalencia, indicando además que el retorno de dichas sumas deberá ir acompañado de los documentos que contengan detalles de pagos, los valores y demás información relevante e importante para Colpensiones.

ORDENÓ a Colpensiones que brinde todas las garantías de la filiación reciba los valores ya detallados de Colfondos a su satisfacción y equivalencia, actualice el histórico laboral de aportes incluyendo todos los aportes provenientes del régimen de ahorro individual.

DECLARÓ y ORDENÓ a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez en régimen de transición de la demandante conforme a los postulados del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y el decreto 758 de 1990, indicando que

la pensión es efectiva a partir del 9 de noviembre del 2015 por la prescripción parcial, y que la mesada corresponde al salario mínimo para cada anualidad con 13 mesas anuales. PRECISÓ que es una pensión vitalicia con derecho a la filiación al sistema de salud y los descuentos obligatorios a partir de su disfrute y que el retroactivo calculado hasta el 30 de noviembre de 2022 asciende a la suma de \$75.436.912 y que para el 01 de diciembre del 2022 se obliga a Colpensiones a seguir pagando la mesada pensional a razón de \$1.000.000 como mesada incluidos los aumentos legales que a futuro se decreten para las mesadas pensionales.

Desestimó las excepciones de mérito propuestas por las demandas excepto la de prescripción la que prosperó de manera parcial para Colpensiones la respecto a las mesadas pensionales. ABSOLVIÓ a Colpensiones de la pretensión de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 sobre las mesadas pensionales y CONDENÓ en costas a Colfondos S.A, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 que deberá pagar Colfondos a la parte demandante, y no condena en costas a colpensiones.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión la apoderada de la parte demandada Colpensiones interpone recurso de apelación en lo relacionado con el reconocimiento de la pensión de vejez en razón a que Colpensiones no puede reconocer pensión de vejez alguna hasta tanto nos reciba por parte de Colfondos todos y cada uno de los aportes, y los demás ítems que integran dicho aporte conforme al artículo 20 de la ley 100 de 1993, entregados a satisfacción y equivalencia, esto con el fin de que la entidad pueda verificar el histórico laboral de aportes, pueda verificar y determinar el monto porcentual así como si la demandante le asiste el derecho al régimen de transición, razones por las que solicita revocar la sentencia en este punto precisando que incluso no existe obligación frente a Colpensiones reconocer y pagar dicha prestación por cuanto a la fecha ni siquiera la demandante es una habilidad activa de dicha entidad y que por lo tanto Colpensiones primero tiene que validar el histórico laboral aportes para luego referirse incluso al expediente administrativo para verificar la reclamación formal de la prestación económica,

reclamación que en el momento no se ha realizado toda vez que solo hasta la sentencia se determina la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Colpensiones indica que respecto a los medios probatorios que valoró el juez de instancia para fallar favorablemente a los intereses de la actora, para el caso en concreto al realizar la demanda no aporta ningún documento, ni siquiera se aporta el formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado. La carga dinámica e inversión de la prueba al interior de un proceso judicial exige la igualdad entre las partes con parámetros de buena fe y lealtad procesal. Bajo estas circunstancias el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar”. Para determinar QUIEN es el que puede probar dentro de un proceso judicial la Corte Constitucional ha señalado que depende de cada situación particular.

Que la sentencia C 086 de 2016 que analizó la constitucionalidad del art. 167 del Código General del Proceso, indicó: “7.4.- En lo concerniente a la configuración de la carga dinámica de la prueba debe decirse que atiende su inspiración teórica, fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar”. Su ejercicio por parte del juez es, en consecuencia, manifestación de una competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho.

Que si bien existe una intervención de asesoría de la administradora de pensiones que podría generar un vicio en la voluntad del traslado, ello debe demostrarse pues de lo contrario predominarían las conjeturas y suposiciones, y no los hechos debidamente demostrados en el proceso en los que intervino directamente el demandante.

Que no es factible considerar a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, la misma ley previó distintos deberes en cabeza de estos con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera.

Que no pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera le permitían al demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo. La Corte Constitucional ha indicado, en este sentido y en diversas providencias que nadie puede alegar su propia culpa a favor: “Una persona no es digna de ser oída ni menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reprochable. Para la Corte, nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma. Este principio no tiene una formulación explícita en el ordenamiento jurídico.

Que, no obstante, lo anterior, la Corte Constitucional ha hecho alusión a su naturaleza de regla general del derecho, al derivarse de la aplicación de la analogía iuris. Por ello, cuando el juez aplica dicha regla, se ha señalado que el mismo no hace otra cosa que actuar con fundamento en la legislación.”

Del trámite dado en primera instancia se evidencia claramente que no existió dolo, culpa, ni se forzó a actor a cambiarse de régimen, , por lo que dicho traslado fue voluntario; de acuerdo a la sentencia C 086 de 2016 emitida por la Corte Constitucional “la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla, cuando no el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero” , así las cosas corresponde a la autoridad judicial corroborar si la parte accionante tiene derecho a retornar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, toda vez que con los presupuestos facticos introducidos en el libelo de mandatorio, se tiene que la parte demandante se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria.

Que el actor al presentar actos de convalidación reafirmó su voluntad genuina de permanecer en el rais, pues según la sentencia SL 413-2018 C.S.J afirma que “Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves,

por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado”.

Que al momento de haber realizado el traslado de régimen pensional, tenía la capacidad de discernir cuál de los dos regímenes le era más favorable, cuestionando y formulando las respectivas dudas que a bien tuviere, toda vez que en tratándose de un derecho tan importante como el pensional, la obligación mínima exigida para la parte demandante era la de informarse al momento de la suscripción por lo que se considera que su vinculación se dio de manera “libre, espontánea y sin presiones”; más aún cuando el formulario de afiliación se evidencia correctamente diligenciado con la rúbrica de la parte demandante, obligándose así a respetar lo consignado en dicho documento pues se da cumplimiento a los requisitos preceptuados por el artículo 1502 del Código Civil.

Además de lo anterior indica que se deben de tener en cuenta las normas vigentes al momento del traslado, por lo que solicita absolver a dicha entidad de todas las pretensiones incoadas en la demanda.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar, las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y si las mismas deben trasladarse de forma indexada, y si debe condenarse a Colpensiones al reconocimiento de la pensión de vejez.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante nació el 16 de diciembre de 1957, (fls 101 del expediente digital), y se afilió al ISS hoy COLPENSIONES desde el 15 de abril de 1974,

(fls 83 del expediente), y se trasladó a la AFP Colfondos S.A de forma efectiva desde el 7 de febrero del 2003.

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, pues esta indicó que es ama de casa, estudio hasta el bachillerato, no cotiza en la actualidad para Colfondos, no sabe si hizo retiro, y tampoco recuerda cuando dejó de cotizar, que se trasladó a Colfondos pero cuando eso no le hicieron ninguna reunión ni asesoría sino que cuando los fondos privados llegaron a la oficina ella solo dijo que la pasaran para salud y la persona que las tuvo en cuenta solo la puso a firmar un documento y como ella no sabía de eso pensó que seguía en Colpensiones y luego se enteró que se había trasladado cuando le dio por ir a revisar el historial al seguro donde le dijeron que estaba en un fondo privado pero que después de eso no pidió ninguna asesoría. Que nunca la visitó un asesor de Colfondos, que no se comunicó con ella antes de cumplir 45 años para informarla del traslado.

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

1. De la ineficacia del traslado

Se tiene que el derecho a la seguridad social es irrenunciable conforme el artículo 48 y 53 de la CP, por ello cualquier pretensión de cambio en las condiciones de este derecho pensional debe ser tomado de manera autónoma y consiente con una comprensión volitiva tal que no quede duda que la información entregada por la entidad para que, con la libertad e información, la persona pueda decidir si se cambia de régimen o no.

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria** por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”,* y si nos remitimos al art 271 de

la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que *“Cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado...”* no solo a la multa sino que dice en forma expresa *“... La afiliación respectiva **quedará sin efecto** y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*, o sea que se refiere a una ineficacia.

Desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados**- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora ...**” (Resalto fuera del texto)

“OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.” (Resalto fuera del texto)

Este deber profesional que existe desde 1994, ese de información que permita al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la prueba correspondería a la entidad demandada**, y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL 12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

“...A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos pensionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;...”

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aún operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877 y 4811 de 2020, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada COLFONDOS S.A., no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de vincularse a dicha entidad **en el año 2003**, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se genera que se haya violentado

el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, **son imprescriptibles** y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad accionada, hoy aporte, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que, al momento de trasladarse al RAIS, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado; y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por la demandante, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

2. De los efectos de la ineficacia

Esta Sala ha sido de la posición, que los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones en los eventos en que se declare la ineficacia del traslado corresponde a los siguientes:

1º. Capital ahorrado: Conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y con fundamento en las sentencias SL 31.989 de 2008, SL 4964, SL 4989 de 2018, SL 1421, SL 1688, SL 1689 y SL 4360 de 2019.

2º. Rendimientos: En igual sentido este concepto se traslada de conformidad con el art. 113 ídem que señala *“Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los*

rendimientos ...”, y tiene como sustento jurisprudencial las sentencias enunciadas en el numeral anterior.

3º. Los gastos de administración, encuentra su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: “... *el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.*”, traslado que tiene sustento en lo siguiente:

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver “*los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales*”; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la

Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

La orden que las cuotas de administración se trasladen debidamente indexadas se extrae de la sentencia SL 1688 de 2019, que dijo expresamente:

*“Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a **gastos de administración**, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.*

*En tal sentido, **se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.**” (Resalto fuera del texto)*

Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, deberán devolverse **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: *“... se adiciona el ordinal segundo en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, ... y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)”*

Conceptos que **no prescriben** teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar. En igual sentido, se ha pronunciado las sentencias SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021.

4º. Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima: el traslado de estos aportes se encuentra igualmente consagrado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 porque al tratarse de un aporte propio del Régimen de Ahorro Individual, no encuentra un equivalente en el Régimen de Prima Media, motivo

por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al Régimen de Prima Media bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

Para concluir, en sentencia reciente SL 3051 del 7 de julio de 2021, se engloba la obligación que tienen las entidades del Régimen de Ahorro Individual de trasladar los conceptos referidos anteriormente, al señalar: *“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021). Criterio que igualmente aplica en relación con los montos destinados a seguros previsionales y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).”*

Y no sobra manifestar, que esta Corporación considera que el principio de sostenibilidad financiera no se violenta con la declaración de la ineficacia del traslado, porque si los efectos del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban y entre ellos, se integra la devolución en forma plena y retroactiva, con esta decisión se está protegiendo la sostenibilidad de Régimen de Prima Medía. Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 se pronunció al respecto, señalando:

“Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

En virtud de lo anterior la sentencia de primera instancia debe ser ACLARADA en el sentido de que la orden dada a COLFONDOS S.A para que traslade con

destino a COLPENSIONES las cuotas de administración, las mismas encuentran constituidas por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”*,

5. Del reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones.

Para el caso bajo estudio no existe discusión y se encuentra acreditado que la demandante LUZ AMPARO CARDONA CUERVO nació el 16 de diciembre de 1957, (fls 101 del expediente digital), por lo que, para el 01 de abril de 1994, contaba con 36 años de edad, lo que la hace en principio beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1996.

Ahora, se tiene que según lo establecido en el párrafo transitorio 4º del acto legislativo 01 de 2005: *“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, **no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto** para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas **al menos 750 semanas** o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”*.

Partiendo de lo anterior para el caso bajo estudio se tiene que la demandante para la vigencia del acto legislativo 01 de 2005 cuenta con total de 765 semanas cotizadas cumpliendo de esta forma el requisito consagrado en el acto legislativo 01 de 2005 para conservar el régimen de transición hasta el año 2014, razón por la cual le es aplicable a la demandante para el reconocimiento de su pensión de vejez las prerrogativas establecidas en el decreto 758 de 1990.

Con relación a los requisitos para acceder a la pensión de vejez, el artículo 12 y 35 del decreto 758 de 1990 establece la edad de 55 años de edad o más para las mujeres y 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o 1.000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Para el caso en concreto la señora LUZ AMPARO CARDONA CUERVO cumplió los 55 años de edad el 16 de diciembre de 2012, y según el reporte

de semanas cotizadas aportado por Colfondos S.A se evidencia que cuenta en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años, esto es, entre el 16 de diciembre de 1992 y el 16 de diciembre de 2012 un total de 516.14 semanas, quedando acreditado de esta forma que tiene derecho a la pensión de vejez bajo las prerrogativas del decreto 758 de 1990.

Ahora, con respecto al disfrute de la pensión debe decirse que los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, son claros en el sentido de distinguir que, el reconocimiento de la pensión se debe dar por parte de la entidad de seguridad social en pensiones cuando se verifiquen los requisitos de edad mínima y semanas cotizadas. En cuanto al disfrute, esto es, el derecho que tiene el afiliado a comenzar a percibir la pensión, sólo se hace efectivo cuando el mismo se retire del sistema, notificado a través de la novedad de retiro, al tenor de lo indicado por el Acuerdo 044 de 1989 (Decreto 3063 de 1989) en su artículo 5, que trata de la desafiliación, del artículo 25 numeral 4, del artículo 64 y 65 acerca de las novedades y sus clases, en el numeral 3 reza “retiro del trabajador cuando cesa el vínculo laboral”, siendo esta la poción adoptada por la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo señalado en la sentencia 16.197 del 14 de noviembre de 2001 M.P. Dr. Luís Gonzalo Toro Correa.

Partiendo de lo descrito se precisa que la última cotización realizada por la demandante fue para el periodo de mayo de 2009, por lo que en principio tendría derecho a la pensión de vejez desde el 16 de diciembre de 2012, fecha para la cual contaba con la edad y las semanas requeridas para el derecho pensional, sin embargo, atendiendo al termino prescriptivo contenido en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T, como la reclamación se realizó el 09 de noviembre de 2018, la pensión debe reconocerse como se dijo en primera instancia a partir del 09 de noviembre de 2015.

La pensión debe ser reconocida, en un salario mínimo, y en 13 mesadas al año al causarse el derecho después del 31 de julio de 2011 al tenor de lo dispuesto por el acto legislativo 01 de 2005, por lo que igualmente se confirmará la sentencia de primera instancia en este punto en particular.

Ahora, el reproche de Colpensiones respecto a que no puede reconocer la pensión hasta que Colfondos no traslade los aportes y los demás

emolumentos ordenados en la sentencia, considera la Sala que dicho argumento no tiene vocación de prosperidad, en primer término por cuanto la decantada jurisprudencia de las altas cortes ha reiterado que los trámites administrativos entre entidades no pueden de forma alguna vulnerar los derechos de los afiliados a la seguridad social y en segundo término por cuanto no es necesario que Colpensiones reciba dicha información de Colfondos para corroborar los requisitos para el derecho a la pensión de vejez, pues precisamente los mismos fueron analizados a través del presente litigio donde se determinó que efectivamente la demandante cuenta con los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez reclamada en el régimen de prima media ante la declaratoria de la ineficacia mencionada.

Por lo anterior lo legal y pertinente será CONFIRMAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada Colpensiones en la suma de \$1.160.000 por no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de que la ordenada a COLFONDOS S.A para que traslade con destino a COLPENSIONES las cuotas de administración, las mismas encuentran constituidas por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*”, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

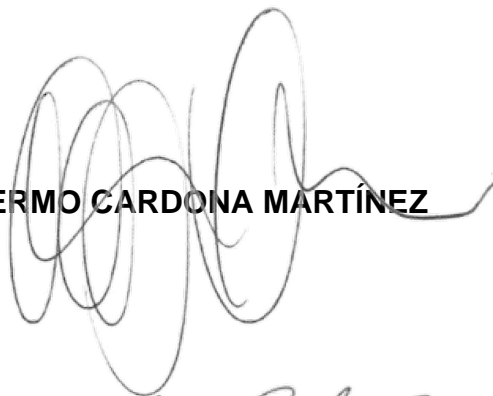
TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada
Colpensiones en la suma de \$1.160.000 por no prosperar el recurso de
apelación interpuesto

CUARTO: Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo
dispuesto en la providencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021
de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BÉDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-004-2018-00843-01
Radicado Interno 359-22



SECRETARÍA SALA LABORAL
EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

DEMANDANTE	: LUZ AMPARO CARDONA CUERVO
DEMANDADO	: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-004-2018-00843-01
RADICADO INTERNO	: 359-22
DECISIÓN	: ACLARA Y CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/126> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 14 de febrero de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 14 de febrero de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO