

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El dieciséis (16) de marzo de dos mil veintitres (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **BLANCA NUBIA TABIMA BERNAL** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A), y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A) la tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-021-2021-00062-01**.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos,

1. ANTECEDENTES:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones, y como consecuencia de lo anterior se condene a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la pensión de vejez a partir de la fecha en que acrediten los requisitos.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora, que nació el 17 de marzo de 1957 y que se afilió al entonces ISS, hoy COLPENSIONES desde el 22 de noviembre de 1973.

Aduce que al 01 abril de 1994; fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la tenía 37 años de edad, y la hace en principio beneficiaria del régimen de transición pensional.

Manifiesta que, se trasladó del régimen del RPM al RAIS a través del entonces DAVIVIR, hoy PROTECCION S.A. el 19 de abril de 1995, y permaneció allí hasta el 31 de julio de 1999, cuando realizó traslado a PORVENIR S.A. el 08 de junio de 1999.

Aduce que PROTECCIÓN S.A. no brindó asesoría a al momento de la afiliación, pues no le informó que con el mismo perdería su derecho a disfrutar de una pensión bajo los postulados más favorables del acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el decreto 758 del mismo año.

Arguye que PROTECCIÓN S.A. no le suministró información adicional, consistente en la edad mínima y en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, es decir, con qué IBC debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada o completar el capital para poder acceder a una pensión de vejez, tampoco le informaron a qué edad se le redimía el bono pensional, ni la diferencia entre la mesada pensional que recibiría en el RAIS y en el RPM.

Sostiene que regresó al RPM administrado por COLPENSIONES el día 30 de noviembre del 2001 y el valor de su cuenta de ahorro individual fue trasladado al entonces ISS el 13 de septiembre del 2010, según fue certificado por PORVENIR S A el 23 de noviembre del 2020.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, disponiendo la afiliación de la actora sin solución de continuidad en el RPM.

Seguidamente declaró que la demandante es beneficiaria del régimen de transición pensional del art. 36 de la Ley 100 de 1993, y condenó a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión vitalicia de vejez a favor de la demandante a partir del 4 de diciembre de 2017, en cuantía equivalente a un (1) smlmv, incluyendo una (1) mesada adicional por año. Condenó a COLPENSIONES a pagar retroactivo pensional hasta abril de 2022 en la suma de \$48.807.876.

Condenó a COLPENSIONES a pagar a la demandante las mesadas debidamente actualizadas, teniendo en cuenta el momento de la causación y el momento del pago.

Para declarar la referida ineficacia, sostuvo el fallador de primera instancia que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a los afiliados al momento del traslado.

Seguidamente expuso que, no obstante lo señalado en la citada línea jurisprudencial, en criterio de dicho despacho, el asunto no puede resolverse única y exclusivamente bajo los parámetros de la falta de asesoría y buen consejo al momento previo al traslado de régimen pensional, dado que, la indebida asesoría e incluso la ausencia de asesoría por si solas, no permiten concluir de manera cierta y necesaria, la existencia de un vicio en el consentimiento o la ineficacia del traslado y mucho menos permiten presumir la existencia de perjuicios, teniendo en cuenta las circunstancias presentes al momento del traslado y no las presentes al momento de cumplir la edad pensional como lo pretende el demandante, pues lo que puede causar la situación de desmejora en el reconocimiento de la pensión, no es la falta de información, sino situaciones posteriores que incluso en algunas oportunidades escapan al control de la AFP y del propio demandante, como por ejemplo cambios legislativos, montos de cotizaciones, numero de semanas de cotización, entre otros.

Aduce que, en ese orden de ideas, la situación de la demandante debe analizarse desde parámetros objetivos y no subjetivos, consistentes en la comparación de la situación pensional en uno u otro régimen, y que como en este caso objetivamente la demandante perdió los beneficios del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, con los que puede acceder a la pensión en COLPENSIONES, se presentó un perjuicio objetivo que da lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Respecto a la prescripción de las pretensiones aduce que cuando esta de por medio el derecho a la seguridad social se debe exigir una hermenéutica acorde a los principios de la seguridad social en los que se prevee el traslado libre y voluntario y la irrenunciabilidad al derecho de la seguridad social.

Sostiene que no se puede declarar la ineficacia con base en el incumplimiento de deber de información porque como juez únicamente constata como lo ordena el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 que si hubo afectación grave al derecho de la seguridad social

de la demandante y consecuencia a ello declara la ineficacia, es decir que en el caso en concreto inaplica el inciso 4 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que es el que le impide recuperar el régimen de transición.

Concluye que al declarar que la demandante nunca perdió el régimen de transición, tiene derecho a pensionarse con base en los parámetros del régimen anterior, Decreto 758 de 1999, con 55 años de edad y 1000 semanas cotizadas al sistema.

En razón a que COLPENSIONES propuso la excepción de prescripción declaró prescriptas todas aquellas mesadas que se causaron antes del 04 de diciembre de 2017 ya que la actora presentó la reclamación a COLPENSIONES para que le reconociera la pensión vejez el 03 de diciembre de 2020.

Expone que en proceso no se reclamo ni intereses ni indexación pero la CSJ tiene establecido que los jueces laborales tienen la obligación de reconocer de manera oficiosa la indexación de las mesadas pensionales a efectos de no afectar los derechos de la demandante, considera que la indexación en todo caso la indexación no es una condena si no que es un rubro que busca resarsir la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

Finalmente declaró probada la excepción de ausencia de prueba del vicio en el consentimiento y no probadas las demás e indico que las costas serán asumidas por PROTECCIÓN S.A. porque la AFP que dio lugar al cambio de régimen pensional de la demandante y para lo cual se fijó las agencias en derecho a favor de la demandante y absolvió de las mismas a COLPENSIONES.

En contra de la anterior decisión no se presentaron recursos, motivo por el cual se dispuso el envío del expediente ante esta corporación judicial para surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia en favor de COLPENSIONES.

3. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, las apoderadas judiciales de la parte DEMANDANTE y PORVENIR S.A., presentaron alegatos, en los cuales anotaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

Teniendo en cuenta los supuestos facticos expuestos en el libelo introductor y en concordancia con las normas legales y los preceptos jurisprudenciales se puede precisar que **procede** decretar la ineficacia/nulidad de la afiliación cuando la Administradora de los Fondos privados omiten las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) Las Administradora de Fondos Privados de pensiones deben brindar a los afiliados o potenciales afiliados **toda la información y la asesoría necesaria para realizar el traslado**¹, es decir, que a **BLANCA NUBIA TABIMA BERNAL** tenía derecho a recibir toda la información sobre la totalidad de las circunstancias que involucran su decisión respecto al cambio del RPM al RAIS, así como las graves repercusiones que contiene el traslado y permanecer allí, puesto que se trata de un derecho de carácter constitucional y que incide frente de su futuro mediano prestacional y en el que puede verse conculcado y comprometido su derecho mínimo vital y móvil para afrontar las posibles contingencias de la tercera edad en condiciones dignas.

ii) Las Administradoras de Pensiones deben **entregar información clara y transparente** a sus posible o potenciales afiliados y no limitarse a la promoción del traslado de los afiliados del Régimen de Prima Media, puesto que los beneficiarios del servicio de seguridad social en pensiones, pueden estropear su aspiración a su posible pensión, por tomar una decisión perjudicial a sus intereses, **debido a deficiencias en los agentes encargados de cumplir con la misión que la ley les asigna**², para hacer efectiva la libertad y autonomía en la escogencia del Fondo de Pensiones, puesto que debe existir un **previo conocimiento de todos los aspectos jurídicos y fácticos, relacionados con el derecho pensional de quien piensa trasladarse**.

Así las cosas, podemos concluir que **BLANCA NUBIA TABIMA BERNAL**, **no contó con la asesoría previa al traslado**, así como **tampoco fue asesorada justo antes de cumplir sus 47 años de edad** por parte del fondo privado, situación lo que le hubiese permitido regresar al régimen de prima media con una mesada pensional más beneficiosa a la que posiblemente podría recibir en el fondo privado.

Es claro que el fondo demandado no acreditó en ningún momento que le hubiese explicado a mi mandante las consecuencias de su traslado de régimen, ni la forma de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida y tampoco lo requisitos o las variables que debía cumplir para poderse pensionar en el régimen de

¹ Ley 100 de 1993, artículo 13, literal b)

² ibidem

ahorro individual, es decir, que **la demandada omitió su deber de información y buen consejo**, lo que conlleva a que la **afiliación y traslado al RAIS sea ineficaz**, máxime cuando la mesada pensional que le ofrece el RAIS actual es tan inferior a la que le sería reconocida en el régimen de prima media.

Es del caso recordar que el asunto relativo al tema del traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes, les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional. De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que, el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

En atención a los argumentos que se expondrán a continuación, solicito respetuosamente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que, **se confirme** la sentencia proferida por el Juez de primera instancia en la cual no se impuso orden a Porvenir S.A., por no tener injerencia en el acto jurídico de traslado de régimen pensional, y no ostentar ningún recurso de la cuenta de ahorro individual de la actora.

1. Absolución consistente en no devolver a Colpensiones los valores recibidos con motivo a la afiliación y los dineros descontados por concepto de administración de las cuentas en ahorro individual.

Teniendo en cuenta lo argumentado por el Juez de instancia, consideramos que, la presente absolución de traslado a Colpensiones de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante frente a PORVENIR S.A., consecuencialmente debe ser confirmada, pues mi representada en todo momento obró de buena fe, acogiendo a una afiliada que ya se encontraba inmersa en el RAIS, máxime que mi representada no tuvo injerencia en el acto jurídico de traslado de régimen pensional que efectuó la actora hacia el RIAS, sumado a que todos los recursos habidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante fueron trasladados hacia al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, como consta en el certificado de egreso adjunto.

Ahora bien, si se decidiera por parte del Honorable Tribunal, modificar o adicionar la sentencia, se solicita que no se condene a mi representada a trasladarlos dineros descontados por gastos de administración, pues sumado a los argumentos expuestos, se pone en conocimiento de este H. Tribunal, los siguientes:

1.1. Las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a la cuenta de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. En el presente caso, es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos, y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte, por lo que

no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo por parte del afiliado.

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

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

1.3. Toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por este mismo Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, mismo objetivo que persigue el juez de primera instancia en este caso.

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

1.5. Por último, es necesario poner de presente lo siguiente, y es que no se agregue a una eventual condena sobre PORVENIR S.A., consistente en trasladar de manera indexada los descuentos ya descritos, pues si bien este apoderado no desconoce que la indexación busca resarcir el detrimento económico que sufre el dinero con el paso del tiempo, también es cierto que dicho detrimento puede verse resarcido con el traslado de los rendimientos financieros que generó la actora cuando estuvo vinculada

con PORVENIR S.A., y que en su momento fueron trasladados hacia INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, máxime cuando debe tenerse en cuenta que con una eventual declaratoria de ineficacia, las cosas volverían a un estado anterior, es por ello que los rendimientos financieros no se debieron de haber generado en la cuenta de ahorro individual, en consecuencia, una eventual orden sobre PORVENIR S.A. en trasladar algún concepto indexado, más el que se trasladen los rendimientos que generó la actora en el RAIS, sería el imponer una condena doble sobre mi defendida, y un enriquecimiento sin justa causa sobre COLPENSIONES.

4. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al régimen pensional de ahorro Individual con solidaridad debe declararse ineficaz y en caso afirmativo, en qué términos y condiciones, se debe realizar, el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante.

De confirmarse la decisión de declaratoria de ineficacia ante referida, habrá de establecerse en sede de consulta en favor de Colpensiones, si la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez y en caso afirmativo, los términos en que dicha prestación debe ser reconocida.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

5. CONSIDERACIONES:

Para resolver la consulta, es necesario manifestar, primeramente que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a las afiliadas o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

Es así como, en el presente asunto, está probado, que la actora, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral emitida por COLPENSIONES que reposa de folio 19 a 27 del

expediente (Documento 02 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS DAVIVIR el 19 de abril de 1995 como se advierte en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 32 del expediente (Documento 02 del expediente digital). Posteriormente se afilió a la administradora del RAIS HORIZONTE hoy PORVENIR S.A el 08 de junio de 1999 como se observa en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 46 del plenario (Documento 02 del expediente digital).

Ahora aunque la demandante posteriormente regresó nuevamente al RPM del ISS hoy COLPENSIONES, ello no es óbice para estudiar y decididir sobre la ineficacia solicitada, pues el regreso no fue en virtud de lo establecido en las Sentencias C-789 de 2002 y SU-062 de 2010, es decir que la demandate a pesar del regreso al RPM, perdería los beneficios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el que recuperaría ante la declaratoria de la ineficacia, como mas adelante se explicará.

Se advierte que para el caso de la demandante, para el momento del traslado de régimen pensional, era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, conforme a la copia de su cedula de ciudadanía que milita a folio 16 del plenario, para el 19 de abril de 1995 contaba con más de 35 años de edad, pues nació el 17 de marzo de 1957, y pese a ello, no se advierte por parte de la Sala que las demandadas hayan probado que a la demandante se le haya puesto de presente tal situación y se le hubiese explicado en el momento del cambio de régimen pensional, que con dicha decisión estaba abandonando dicho beneficio transicional.

Tampoco se encuentra probado que a la actora al momento de su traslado de régimen se le haya ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, ha señalado la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para probar la asesoría y el cumplimiento del deber de información, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probaron en este proceso las AFP, siendo su carga, por lo que se confirmará en esta instancia la decisión del *a quo*

de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante al RAIS, pero por las razones expuestas en esta instancia.

Ahora, ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

Así lo dispone el art. 1746 del C.C., según el cual, “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”.

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019, en la que precisó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba la actora antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean

trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante recordar que al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que ninguna suma quede por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de las AFP, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deba asumir con su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

En razón a lo anterior, la sentencia de primera instancia deberá ser adicionada en el sentido que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., deberán reintegrar a COLPENSIONES, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, sin descuento de ninguna índole, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a cada una de estas Administradoras de Pensiones.

Ahora, respecto de la excepción de prescripción formulada por las AFP demandadas al dar respuesta a la demanda, para esta Sala, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la SCL de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, además, la figura jurídica de la caducidad o prescripción de la acción para reclamar sobre cualquier acto que tenga que ver con el reconocimiento de pensión mientras ella esté en formación, no tiene cabida como lo ha precisado la Corporación antes mencionada, al analizar que la prescripción de la acción para demandar el derecho a la pensión o al pago de las cotizaciones o cualquier otra situación que permita o acceder al derecho a la citada prestación por ser un derecho fundamental, impide que el derecho mismo a accionar caduque o prescriba, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto negó la prosperidad de la excepción de prescripción.

DE LA CONDENA AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A CARGO DE COLPENSIONES:

En cuanto a la condena al reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la actora y cargo de COLPENSIONES, aspecto que se revisa en esta instancia en CONSULTA de la sentencia en favor de esta entidad, debe señalarse primeramente que habiéndose declarado la ineficacia del traslado del accionante al RAIS, el derecho que tenga a la prestación de vejez, debe analizarse con los requisitos legales del Decreto 758 de 1990 dado que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, esto es para el 1º de abril de 1994 la demandante contaba con más de 35 años de edad, dado que conforme a la copia de su cedula de ciudadanía que milita a folio 16 del plenario (archivo 02 del expediente digitalizado denominado “demanda y anexos”), nació el 17 de marzo de 1957, por lo que es beneficiaria del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, y en tal sentido al haber estado afiliada la demandante al ISS antes de la entrada en vigencia de la citada Ley 100, pues registra cotizaciones desde noviembre de 1973 en su historia laboral que obra en el archivo antes mencionado, a folios 18 a 25, le asiste derecho a que la pensión se le otorgue bajo las prerrogativas del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Se advierte que para el caso de la demandante, para el momento del traslado de régimen pensional, era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, conforme a la copia de su cedula de ciudadanía que milita a folio 16 del plenario, para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, pues nació el 17 de marzo de 1957, y pese a ello, no se advierte por parte de la Sala que a la demandante se le haya puesto de presente tal situación y se le hubiese explicado en el momento del cambio de régimen pensional, que con dicha decisión estaba abandonando dicho beneficio transicional.

Se advierte que a la demandante conforme a las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005, se le extendió el régimen de transición hasta el año 2014, pues a la entrada en vigencia de la referida norma constitucional el 25 de julio de 2005, contaba con más de 750 semanas cotizadas, como se observa en su historia laboral, en la que registra en total 1175 semanas cotizadas hasta el mayo de 2012.

De esta manera, la actora cuenta al mes mayo de 2012 con un total de 1175 semanas cotizadas, y por tanto, es decir con más de las 1000 en cualquier tiempo que exige el Decreto 758 de 1990 para tener derecho a la pensión de vejez, y además, la edad mínima pensional de 55 años, la alcanzó el 17 de marzo de 2012, por lo que, se

confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto le concedió a la demandante el derecho a la pensión de vejez.

Respecto de la partida inicial del derecho al disfrute de la pensión de vejez, es necesario tener en cuenta que la Ley 100 de 1993, consagra en el inciso 2º del artículo 31, que al Régimen de Prima Media con Prestación Definida le *“Serán aplicables las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en la citada ley.”*, de tal manera que como el derecho pensional de la actora le fue reconocido conforme al régimen de prima media con prestación definida, es por ello que le son aplicables las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte, a cargo de COLPENSIONES en lo que respecta a la causación y disfrute de la pensión, pues la Ley 100 de 1993, no trajo disposición que regulara o modificara este aspecto y es de esta manera que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, estipula literalmente que:

“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo,” (Subrayado agregado)

Ahora, en lo atinente a la desafiliación del sistema pensional, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha precisado que ella en principio se materializa reportado la novedad del retiro pensional, pero que no es esta la única forma de dar a conocer la intención de desafiliación para entrar a disfrutar de la citada prestación, pues ella se puede deducir de varios hechos, como lo son, peticionar el reconociendo de la pensión y cesar el pago de los aportes pensionales cuando ya se han cumplido los requisitos legales para tal fin.

Se explica por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL5603-2016, radicado 47236 del 06 de abril de 2016, *“mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias, debiéndose analizar en cada caso las situaciones particulares, pues si es evidente la voluntad de no continuar cotizando, lo que se infiere de la satisfacción concurrente de densidad de semanas y edad, ausencia de cotizaciones y solicitud de pensión de ello*

es viable inferir un retiro tácito”. La anterior tesis además ha sido sostenida en sentencias con radicados 35.605 de 2009, 38.776 y 39.391 de 2011, retirada en las sentencias SL11895-2017, SL4661-2018, SL 401-2019 y SL929-2019, entre otras.

En el caso de la demandante, se encuentra acreditado conforme se anota a folio 37 del archivo 02 del expediente digital, que solicitó la pensión de vejez a COLPENSIONES el 3 de diciembre de 2020, lo que se considera como una expresión tácita de la intención de retirarse del sistema pensional para entrar a disfrutar de la pensión, por lo que el disfrute ocurre desde el mes de junio de 2012 siguiente a su último ciclo de cotización, pues ya había cumplido los 55 años de edad.

Ahora, como el requisito mínimo de semanas cotizadas (1000) para acceder a la pensión de vejez, la actora solo las completaba en 2012, la pensión reconocida se causó en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011, conforme a la citada norma constitucional, se reconoce con trece mesadas al año.

De otra parte, respecto del monto de la pensión que reconoció el *a quo*, como la misma fue otorgada en el monto del salario mínimo legal mensual, no se hace necesario revisar este aspecto de la sentencia, pues conforme al Art. 35 de la Ley 100 de 1993, las pensiones de vejez o jubilación, no pueden ser inferior a dicho salario.

Ahora, COLPENSIONES al dar respuesta a la demanda formula la excepción de prescripción, la que opera en este caso, conforme lo consagrado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, pues entre la fecha que la actora peticiona la pensión a COLPENSIONES el 3 de diciembre de 2020 y la causación de la pension, había transcurrido más de los tres años que establecen las anteriores normas legales, y por lo que estaban prescritas las mesadas causadas con antelación al 3 de diciembre de 2017, por lo que resulta correcto que el *a quo*, haya otorgado el retroactivo pensional a partir del 4 de diciembre de 2017, por efecto de la prescripción.

En cuanto al retroactivo pensional que se condenó a pagar a COLPENSIONES hasta abril de 2022 en la suma de \$48.807.876, se encuentra correctamente liquidado conforme la siguiente tabla:

LIQUIDACIÓN RETROACTIVO PENSIONAL			
Año	Salario	No. Mesadas	Total
2017	\$ 737.717	27 Días	\$ 663.945

2018	\$ 781.242	13 Mesadas	\$ 10.156.146
2019	\$ 828.116	13 Mesadas	\$ 10.765.508
2020	\$ 877.803	13 Mesadas	\$ 11.411.439
2021	\$ 908.526	13 Mesadas	\$ 11.810.838
2022	\$ 1.000.000	4 Mesadas	\$ 4.000.000
TOTAL			\$ 48.807.876

Respecto de la indexación de las mesadas pensionales que se condenó a pagar a COLPENSIONES, la misma es procedente, por razones de justicia y equidad, por cuanto con esta lo que se pretende es actualizar la depreciación monetaria causada por el retardado o inoportuno pago de las mesadas pensionales, lo que es justo en una economía inflacionaria como la nuestra, por lo que se confirmará este aspecto del fallo de primera instancia.

Finalmente, la sentencia consultada será adicionada, en lo concerniente a que sobre las mesadas pensionales retroactivas que pague COLPENSIONES a la actor, se debe realizar el descuento del porcentaje legal del aportes al sistema de salud, conforme la jurisprudencia de la CSL de la H. Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL1195 de 2014, SL16844 de 2015, SL 1064 de 2018 y SL 1169 de 2019 entre otras) y la Corte Constitucional (Sentencia SU-230 de 2015 entre otras), porcentaje sobre el cual no se causa la indexación, pues la misma, deben liquidarse sobre el monto de la pensión que legalmente le pertenece al actor, que es el que en realidad dejó de percibir, y sobre el que se puede causar la devaluación monetaria que se resarce con la indexación, toda vez que si el pensionado recibe indexación sobre el porcentaje del aporte al sistema de salud, que en todo caso no habría recibido aún en el evento que la pensión hubiera sido pagada oportunamente, constituiría un enriquecimiento sin causa.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia consultada será confirmada por las razones indicadas en esta instancia, y adicionada en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia por haberse conocido la sentencia en el grado jurisdiccional de CONSULTA.

6. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de mayo de 2022 proferida por el JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **BLANCA NUBIA TABIMA BERNAL** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A** y **PORVENIR S.A.**, pero por las razones expuestas en esta instancia, ADICIONÁNDOLA en el sentido que **PROTECCIÓN S.A** y **PORVENIR S.A.**, deberán reintegrar a COLPENSIONES, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a cada una de estas Administradoras de Pensiones.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido que sobre las mesadas pensionales retroactivas que pague COLPENSIONES a la actora, se debe realizar el descuento del porcentaje legal del aportes al sistema de salud, porcentaje sobre el cual no se causa la indexación, que se condena a pagar sobre las mesadas pensionales.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **49ff35c76746b4f25c0f8f9c413c124d93cafb7ef6eca3ffacb35a98be1c71bf**

Documento generado en 16/03/2023 02:06:51 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>