

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El dieciséis (16) de marzo de dos mil veintitrés (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 **MARGARITA ISABEL ÁLVAREZ CALLE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S. A) tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-014-2018-00374-01.

Igualmente, fueron vinculados al proceso como litisconsorcio necesario por pasiva se el **MUNICIPIO DE MEDELLÍN** y el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

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 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.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora, que durante su vida laboral ha prestado servicios laborales a entidades públicas y privadas desde el 3 de marzo de 1983, y que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES, y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP PORVENIR S.A.

Expone que la asesora de PORVENIR S.A., le brindó una muy deficiente, incompleta, engañosa, superficial y vacilante explicación de los pormenores de la concreta situación pensional, no le indicó las ventajas o desventajas que tenía frente al RPM y el RAIS, ni le explicó que al cambiarse de régimen pensional perdería las prebendas y forma de liquidar la pensión, ni la forma como en el RAIS se liquida la pensión y las modalidades de pensión que allí ofrecen, solo le hicieron creer que en el fondo privado podía tener una pensión de vejez más ventajosa, rápida, sin tener en cuenta la edad, y con una mesada pensional más alta, sin ni siquiera hacerle proyección aritméticas, ni comparativos necesarios, no le indicaron que necesitaba una suma de capital de ahorro mínimo para poder acceder a su pensión, entre otros.

Manifiesta que no le brindaron reasesoría antes de cumplir los 10 años de la edad para pensionarse, para indicarle cuáles eran las consecuencias de permanecer en el RAIS, es decir, informarle completamente qué consecuencias le traería el no hacer uso de ese derecho de devolución o regreso al RPM.

Aduce que el 21 de febrero de 2018, elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando la ineficacia del traslado hacia PORVENIR S.A. y autorizar la devolución y permanencia de la demandante, sin obtener respuesta alguna de dicha entidad.

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, entendiéndose que la demandante se ha mantenido afiliada al RPM de manera permanente y sin solución de continuidad.

Consecuencialmente condenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos financieros y las comisiones de administración, que incluye los seguros previsionales y la garantía de la pensión mínima indexadas, a partir de 01 de agosto de 1999.

De otro lado, ordenó a PORVENIR S.A. a que comunique dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia la decisión a la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO OFICINA DE BONOS PENSIONALES, para los efectos legales correspondientes.

Acto seguido ordenó a PORVENIR S.A. reintegrar a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y al MUNICIPIO DE MEDELLÍN los valores reconocidos por concepto de bono pensional tipo A de la demandante, debidamente actualizados con el IPC desde la fecha de pago hasta la fecha en que se hagan los respectivos reintegros.

Así mismo condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la actora, dentro del término de 4 meses siguientes al recibo de los dineros por parte de PORVENIR S.A., la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con 13 mesadas anuales, sin perjuicio de los incrementos legales, con un retroactivo en el monto de \$75.788.924, liquidado desde el 01 de diciembre de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2021. Y para el año 2021 la mesada pensional de la demandante no podrá ser inferior a \$1.584.514.

Seguidamente autorizó a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional reconocido, el valor de las cotizaciones al Sistema de la Seguridad Social en Salud.

Finalmente declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas, absolvió al MUNICIPIO DE MEDELLÍN y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO OFICINA DE BONOS PENSIONALES de las pretensiones incoadas en su contra, condenó en costas a PORVENIR S.A. en favor de la demandante.

Para fulminar la condena, el *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que 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 la afiliada al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de PORVENIR S.A. que haya cumplido con su deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de ese consentimiento informado la suscripción del formulario de afiliación, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado de la demandante a PORVENIR S.A.

Arguye que a pesar de que el acto es válido dicho acto jurídico no tiene efecto por haberse violentado el deber de información, ya que el juzgado considera que las reglas que viene decantando la jurisprudencia se ve plasmada en el presente proceso.

Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción al considerar que, la validez del traslado de régimen se trata de un derecho íntimamente ligado a la pensión, mismo que es un derecho fundamental imprescriptible.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada por los apoderados de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, en los siguientes términos:

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A. apela la sentencia, argumentando que para la fecha de afiliación de la actora a PORVENIR S.A., esta se encontraba en plena capacidad de dilucidar los pro y los contra que le presentaban estar afiliados al RAIS, por lo que se precisa que deja transcurrir 21 años desde su afiliación inicial al RAIS para pretender la declaratoria de ineficacia, sin embargo, la afiliación cumplió con todos los rigorismos y formalidades que para la época se exigían en estos negocios jurídicos, como es la aceptación de la afiliación y suscripción del formulario de afiliación de manera libre y voluntaria.

Aduce que resulta improcedente la declaratoria de la ineficacia, por cuanto la misma se encuentra inhabilitada en la prohibición legal establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, esto es estar a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, pues a la fecha cuenta con 61 años de edad, por lo que solicita al Tribunal se revoque la decisión por cuanto el único requisito para la fecha en que se suscribió la afiliación a PORVENIR S.A. era la suscripción del formulario de afiliación.

Manifiesta que en caso de que el Tribunal confirme la decisión, solicita se modifique en cuanto a la condena de trasladar las comisiones de administración con destino a COLPENSIONES, como lo son los seguros previsionales y el fondo de garantía mínima de forma indexada, teniendo en cuenta para ello lo conceptuado por la Superintendencia Financiera en radicado 2019-152169003000 de 2020, mediante el cual se resuelve una solicitud de información elevada por Asofondos, en la que se da potestad a los fondos de pensiones privadas de retener estas sumas de seguros previsionales y comisiones de administración al tener sustento legal para ser

descontadas en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, además son sumas destinadas a terceros de buena fe como lo son los seguros previsionales, y unas sumas destinadas a cubrir unos gastos de administración que le representan a los afiliados el aumento de su patrimonio económico, como quedó probado con los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Indica que conforme a lo anterior resulta improcedente ordenar a PORVENIR S.A. a trasladar dichas sumas de dinero con destino a COLPENSIONES por cuanto afecta de manera directa el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, y representa un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES.

Expone que dichos dineros no se pueden devolver de forma indexada por cuanto las cuentas de ahorro individual de los afiliados al RAIS hacen parte de patrimonios autónomos que se actualizan de manera diaria conforme a los movimientos financieros del mercado bancario, por lo que llevan implícitamente dicha actualización monetaria.

Solicita al Tribunal se revoque la condena en costas o se modifique, por cuanto las pretensiones sobre las cuales se decidió en sede de primera instancia, no tuvieron injerencia por parte de PORVENIR S.A.

Por lo anterior le solicita al Tribunal revoque en su totalidad la decisión de primera instancia.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES apela parcialmente la sentencia, aduciendo que el juez no realizó ningún tipo de pronunciamiento en cuanto a la solicitud realizada por COLPENSIONES, toda vez que COLPENSIONES no ha realizado ningún cálculo actuarial para conocer si de acuerdo con los valores que serán trasladados por PORVENIR S.A. a COLPENSIONES son suficientes para el otorgar la pensión de vejez reconocida, y que dicha diferencia sea reconocida por PORVENIR S.A. toda vez que si no hace de esta forma se afectaría la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES.

Por lo anterior le solicita al Tribunal estudiar la posibilidad de realizar un cálculo actuarial con referencia al monto que deberá trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES en virtud del reconocimiento de la prestación económica de pensión de vejez establecida en la sentencia de primera instancia.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, únicamente la apoderada de PORVENIR S.A. presenta alegatos anotando resumidamente que solicita, se acojan las consideraciones efectuadas por la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto con radicado No. 2019152169-003-000, del día 17 de enero de 2020, sobre la declaratoria de ineficacia o nulidad de traslado y sus consecuencias, y en tal sentido se revoque la decisión de condenar a mi representada a trasladar sumas distintas a las cotizaciones, rendimientos y lo correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Ahora bien, en el caso de que la delegatura determine que la sentencia emitida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín debe ser confirmada, le solicito muy respetuosamente al Honorable Tribunal, atender lo indicado por la Superintendencia Financiera de Colombia en el concepto referido anteriormente, frente a sus consideraciones sobre la distribución de la cotización determinado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, en el que resaltó lo siguiente:

... En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y 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...

Concluyendo que no resulta viable el traslado de sumas diferentes a los aportes y sus rendimientos tales como comisión de administración, aquellas asociadas con las primas previsionales y de reaseguro pues considera que, frente a la comisión de administración, esta se justifica en la medida en que, al ser los fondos de pensiones obligatorias patrimonios autónomos integrados por las cuentas de ahorro individual de los afiliados que son independientes al patrimonio de la administradora, esta ha desplegado una serie de actividades para su conservación, entre otras: **(i)** la elección adecuada de los instrumentos financieros en que se invierten los recursos con el fin de obtener rendimientos en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establece el Gobierno Nacional y que hoy se encuentra recogido en el Decreto 2555 de 2010; **(ii)** la valoración diaria de la unidad que compone dichos patrimonios autónomos, en cumplimiento de lo establecido en el Capítulo I de la Circular Externa 100 de 1995 expedida por esta Superintendencia. **(iii)** Y, en caso de no generarse la rentabilidad mínima exigida en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, proceder a responder con su propio patrimonio y con la reserva de estabilización que corresponde

al 1% del valor del fondo administrado, que debe estar invertida en las mismas condiciones que el correspondiente fondo, evitando así, perjuicios para los afiliados.

Así mismo, los recursos destinados para el pago de primas previsionales para la asunción de los riesgos de invalidez y sobrevivencia, son sumas de dinero que cumplieron con su finalidad y, por lo tanto, no fueron administrados por la Administradora, sino que, por el contrario, fueron entregados mes a mes a las aseguradoras en cumplimiento de unas obligaciones contractuales, con el fin de asegurar la cobertura contra los riesgos anteriormente descritos.

Ahora bien, me permito traer a colación la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso con radicado 05001-31-05-022-2019-00157-01. Magistrado Ponente Dr. Francisco Arango Torres, en el que se revocó la condena impuesta en primera instancia, en la que ordenaba trasladar todos los saldos de la cuenta individual, la referida sentencia indico lo siguiente:

... De otra parte, respecto de lo argumentado por PORVENIR S.A. en su recurso de alzada en cuanto que resulta improcedente trasladar las sumas de dinero de forma indexada, a juicio de la Sala, la indexación no es procedente respecto del porcentaje de la cotización abonado a la cuenta de ahorro pensional de la actora, por cuanto este rubro ninguna depreciación sufrió por haber generado intereses, por lo que le asiste razón a PORVENIR S.A. en este aspecto y por ello será revocada la orden de indexar del porcentaje de la cotización abonado a la cuenta de ahorro pensional de la actora...

Teniendo en cuenta lo anterior resulta desacertada la orden de trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual, con todos los demás emolumentos de forma indexada con destino a Colpensiones, pues los recursos no han sufrido devaluación alguna, es más los rendimientos que se han generado demuestran que mi representada dio una administración eficiente de los recursos pensionales del actor.

En igual sentido si la afiliación de la demandante en Porvenir S.A, lo fue de manera valida, mi representada no puede ser condena a reintegrar a la Nación – Ministerio De Hacienda y Crédito Público, y al Municipio De Medellín los valores reconocidos por concepto de Bono Pensional Tipo “A”, de la señora Margarita Isabel Álvarez Calle, reintegros que deben efectuarse debidamente actualizados con el IPC desde la fecha de pago hasta la fecha en que se hagan los respectivos reintegros.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante y de los bonos pensionales que se pudieran haber pagado en favor de la demandante.

De confirmarse la decisión de declaratoria de ineficacia ante referida, se verificará si es procedente la condena en contra de COLPENSIONES de reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante, y en caso afirmativo, los términos en que dicha prestación debe ser otorgada.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes.

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES se consultará la sentencia en favor de esta última entidad por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar 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 visible a folios 32 y 33 del documento 04 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 02 de junio de 1999, como se anota en y el certificado SIAF de ASOFONDOS (folio 141 de la numeración automática del documento 04 del expediente digital) y el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 41 del documento 09 del expediente digital, con efectividad al 1° de agosto de 1999 como se anota a folio 147 del documento 04 del expediente digital.

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR S.A. en el año 1999 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:23:20 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (Documento 20 del expediente digital), no se advierte que esta haya confesado que el asesor de la AFP PORVENIR S.A. le hubiese brindado la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no manifiesta que se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo señaló el *a quo*, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa 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 las AFP, siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de el *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1999 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por el ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES por PROTECCIÓN S.A., la orden impartida por la *a quo*, en principio se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, sin embargo no existe la debida precisión de los dineros a transferir, pues el juez no hizo mención a la devolución del porcentaje del reaseguro de Fogafín, por lo que se precisa en esta instancia, que PORVENIR S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de

administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues contrario a lo manifestado por el apoderado de PORVENIR S.A. en su recurso de alzada, al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“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, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, en la que precisó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación dla 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 cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Asimismo, 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 dichas sumas queden 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 demandadas, 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 deban 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.

Ahora PORVENIR S.A. en su apelación, aduce que los dineros no se pueden devolver de forma indexada por cuanto las cuentas de ahorro individual de los afiliados al RAIS hacen parte de patrimonios autónomos que se actualizan de manera diaria conforme a los movimientos financieros del mercado bancario, por lo que llevan implícitamente dicha actualización monetaria, aspecto en el que le asiste parcialmente la razón, bajo el entendido que la decisión del *a quo*, no precisa qué rubros de los que se ordena devolver son los que se deben reintegrar indexados, por lo que se podría entender que son todos, incluidos los dineros depositados en la cuenta de ahorro pensional de la demandante y sus rendimientos o intereses, rubros estos que ninguna depreciación sufrieron por haber generado sus intereses y por ello no deben ser indexados.

No ocurre lo mismo con los gastos o cuotas de administración, incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, rubros que no ganaron los rendimientos o intereses pues fueron apropiados por PROTECCIÓN S.A. o gastados para los pagos de las primas, por lo que esto rubros sí deben ser devueltos indexados.

En razón a lo anterior, se precisará en esta instancia que la indexación, solo se efectuará respecto de los rubros antes mencionados.

Respecto de la afirmación que realiza el apoderado de PORVENIR S.A. en su recurso sobre la imposibilidad legal de traslado de régimen, derivada de la restricción temporal impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende la demandante, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el argumento expuesto por la recurrente PORVENIR S.A. en su apelación respecto a que no hay lugar a imponerle condena por costas procesales, considera la Sala que, que, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP, resulta procedente la imposición de costas procesales por haber sido esta AFP vencida en juicio, y haber generado el litigio por la falta de asesoría a la accionante al momento del traslado de régimen pensional, debiéndose confirmar la decisión de primer grado en tal aspecto.

De otra parte, se afirma en el recurso de alzada de COLPENSIONES, que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, argumento que no es de recibo para la Sala, pues para efecto de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que la actora estuvo afiliada al RPM era beneficiaria de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las normas legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues a este principio el que se tiene que someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

Pero, es más, eventualmente pudiera suceder que un afiliado al RPM, fallezca sin que tengan beneficiarios que legalmente puedan acceder a las prestaciones de sobrevivientes y en tal caso, los dineros de sus cotizaciones, queden en el fondo común de COLPENSIONES. También puede acontecer que el afiliado no alcance a obtener la pensión de vejez, sino la indemnización sustitutiva, la que es evidentemente inferior al monto de las cotizaciones con sus rendimientos. Igualmente puede acaecer que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener beneficiarias de una pensión de sobrevivientes, y que los dineros con los que contribuyó al fondo común no se hayan agotado, caso en el cual el saldo no utilizado queda perteneciendo

al fondo común, lo que no pasa en el RAIS, pues los dineros deben ser entregados a los herederos.

Ahora, respecto de la decisión del juez de primera instancia, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. reintegrar al MUNICIPIO DE MEDELLÍN los valores reconocidos por concepto de bono pensional tipo A de la demandante, tal decisión no se ajusta a derecho pues el bono tipo A es el que debía pagar el MHCP por las cotizaciones efectuadas por la actora a COLPENSIONES, antes de su traslado al RAIS, el que no se genera ante la declaratoria de ineficacia de tal traslado; sin embargo el bono que debe pagar el municipio de Medellín sería en principio una cuota parte en el bono tipo A si el traslado de la actora al RAIS hubiera sido ineficaz, pero al declararse la ineficacia, en todo caso surge la obligación del municipio de Medellín, pagar un bono (tipo B) a favor de la demandante por el tiempo laborado por ella a este ente territorial, sin cotizaciones la ISS ni a ninguna Caja como se anota en el certificado laboral emitido por este municipio que obra folio 256 y siguientes de la foliatura automática (documento 04 expediente digitalizado), por lo que se revocará la decisión de ordenar a PORVENIR S.A. que reintegre al citado municipio el importe del bono pensional, para ordenar que la cuota parte del bono pensional tipo A que haya pagado el municipio de Medellín a PORVENIR S.A. que reintegrado a COLPENSIONES, sin perjuicio de los ajustes que se deban realizar si entre esta cuota parte y el bono tipo B existe alguna diferencia.

De otra parte la apoderada de COLPENSIONES al hacer uso de la palabra cuando le es concedido para formular apelación contra el fallo de primera instancia, expresa que apela parcialmente la sentencia, aduciendo que el juez no realizó ningún tipo de pronunciamiento en cuanto a la solicitud realizada por COLPENSIONES, toda vez que COLPENSIONES no ha realizado ningún cálculo actuarial para conocer si de acuerdo con los valores que serán trasladados por PORVENIR S.A. a COLPENSIONES son suficientes para el otorgar la pensión de vejez reconocida, y que dicha diferencia sea reconocida por PORVENIR S.A. toda vez que si no hace de esta forma se afectaría la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES. Por lo anterior le solicita al Tribunal estudiar la posibilidad de realizar un cálculo actuarial con referencia al monto que deberá trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES en virtud del reconocimiento de la prestación económica de pensión de vejez establecida en la sentencia de primera instancia.

Al ser incomprensible este aspecto de la apelación, se revisado minuciosamente el video de la audiencia de fallo de primera instancia, encontrándose que la apoderada de COLPENSIONES al momento de alegar, efectúa una pretensión en el sentido que

le solicita al juez, que en caso de reconocerse la pensión a demandante se haga un cálculo actuarial para conocer si los valores que serán trasladados por PORVENIR S.A. a COLPENSIONES son suficientes para financiar la pensión de vejez reconocida, y que de haber faltante dicha diferencia sea reconocida por PORVENIR S.A. para no afectar la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES.

La sala se abstendrá de decidir la apelación de COLPENSIONES, pues no tenía ninguna vocación legal de elevar pretensiones en los alegatos, por lo que tal aspecto traído en los alegatos y en la “apelación” no hace parte del litigio de este proceso.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, 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 Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

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 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 de la accionante al RAIS, el derecho que tenga el demandante a la prestación de vejez, debe analizarse con los requisitos legales del sistema general de pensiones, consagrados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la ley 797 de 2003, por no ser esta beneficiaria de la transición del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como bien lo dejó establecido el fallador de primera instancia.

Aquella norma legal exige como requisitos para obtener la citada prestación, 57 años de edad en el caso de las mujeres y 1300 semanas cotizadas.

En este caso, la señora ÁLVAREZ CALLE , al haber nacido el 02 de enero de 1960, como se prueba con la copia de su cedula de ciudadanía que milita a folio 31 del plenario, acredita que arribó a la edad mínima pensional de 57 años el mismo día y mes del año 2017, y que además cuenta con más de **1.300 semanas cotizadas** hasta el ciclo de noviembre de 2017 según la historia laboral actualizada al 05 de febrero de 2018 aportada por PORVENIR S.A., visible a folios 74 a 75 de la foliatura automática

(documento 04 expediente digitalizado), por lo que se concluye que efectivamente, como lo sentenció el fallador de primer grado, la demandante cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez en aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por lo que se confirmará igualmente dicho aspecto de la decisión de primera instancia.

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, si bien no acredita haber solicitado la pensión de vejez a COLPENSIONES el juez al interpretar la demanda en la etapa de la fijación del ligio, estableció que se decidiría sobre el derecho pensional de la demandante, sin oposición de la atora, lo que se considera como una expresión tácita de entrar a disfrutar de la pensión, por lo que el disfrute ocurre desde el mes de diciembre de 2017 siguiente a su último ciclo de cotización que fue el de noviembre de este año, pues ya había cumplido los 55 años de edad.

Ahora, como el requisito mínimo de edad para acceder a la pensión de vejez, la actora lo cumplió en el año 2017, la pensión reconocida se causó en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011, por lo que, conforme a la citada norma constitucional, se reconoce con trece mesadas al año.

Así mismo condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la actora, dentro del término de 4 meses siguientes al recibo de los dineros por parte de PORVENIR S.A., la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con 13 mesadas anuales, sin perjuicio de los incrementos legales, con un retroactivo en el monto de \$75.788.924, liquidado desde el 01 de diciembre de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2021. Y para el año 2021 la mesada pensional de la demandante no podrá ser inferior a \$1.584.514.

En cuanto al monto de la pensión a que se condenó a COLPENSIONES efectuadas la liquidación en esta instancia, se encontró que no se impuso en suma mayor a la que legalmente corresponde, por lo que este aspecto de la sentencia será confirmado.

En cuanto al retroactivo pensional que se condenó a pagar a COLPENSIONES liquidado desde el 01 de diciembre de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2021 en la suma de \$75.788.924, se encuentra correctamente liquidado conforme la siguiente tabla:

REAJUSTE PENSIONAL				
Año	IPC	Diferencia mensual	# mesadas	Total retroactivo
2017	4,09%	\$ 1.398.807	2 mesadas	\$ 2.797.614
2018	3,18%	\$ 1.456.018	13 mesadas	\$ 18.928.237
2019	3,80%	\$ 1.502.320	13 mesadas	\$ 19.530.155
2020	1,61%	\$ 1.559.408	13 mesadas	\$ 20.272.300
2021	5,62%	\$ 1.584.514	9 mesadas	\$ 14.260.628
2022	13,12%	\$ 1.673.564		\$ -
2023		\$ 1.893.135		\$ -
			TOTAL	\$ 75.788.934

Respecto de la INDEXACIÓN que ordenó la *a quo*, de las mesadas pensionales retroactivas a las que tenga derecho la demandante, la misma es procedente, por cuanto con esta lo que se pretende es actualizar el valor adquisitivo de la moneda envilecida por el paso de tiempo, lo que es justo y equitativo en una economía inflacionaria como la nuestra. Así, la indexación de las obligaciones jurídicas en general, obedece a la necesidad de acoplar un fenómeno económico como lo es la depreciación constante del dinero, que se genera por el simple paso del tiempo, constituyendo la indexación no una sanción, sino un mecanismo resarcitorio o restaurativo de la moneda, en tanto, no se está pagando más de lo debido, sino la misma suma causada tiempo atrás traída al valor presente.

No obstante, respecto del porcentaje legal del aportes al sistema de salud, que dispuso el *a quo* sea descontado de las mesadas pensionales retroactivas, no se causa la indexación, pues la misma, deben liquidarse sobre el monto de la pensión que legalmente le pertenece a la actora, 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, por lo que este aspecto será precisado en esta instancia.

Ahora, COLPENSIONES al dar respuesta a la demanda formula la excepción de prescripción, la que, conforme lo consagrado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, no opera en este caso, pues entre las fechas de causación y disfrute de la pensión y la fecha de presentación de la demanda, no había transcurrido más de los tres años que establecen las anteriores normas legales.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia consultada será CONFIRMADA, PRECISADA y REVOCADA en los términos anteriormente expuestos.

Sin COSTAS en esta instancia por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación de PORVENIR S.A.

7. 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 05 de octubre de 2021 proferida por el JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARGARITA ISABEL ÁLVAREZ CALLE** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, PRECISÁNDOLA en el sentido de que PORVENIR S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como indexados los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó a PORVENIR S.A. reintegrar al MUNICIPIO DE MEDELLÍN los valores reconocidos por concepto de bono pensional tipo A de la demandante, para en su lugar ordenar que la cuota parte que haya pagado este ene territorial, sea reintegrado a COLPENSIONES, sin perjuicio de los ajustes que las partes consideren necesarios, conforme lo explicado en la parte motiva de este fallo de segunda instancia.

TERCERO: PRECISAR la sentencia de primera instancia en el sentido que, respecto del porcentaje legal del aporte al sistema de salud, que dispuso el *a quo* sea descontado de las mesadas pensionales retroactivas, no se liquida la indexación, a favor de la actora.

CUARTO: 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: **54796153ef89b5951dd37b3c3e788dad52c519093a6c390cc2ef4013e772c099**

Documento generado en 16/03/2023 02:06:27 PM

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