

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El dos (02) de agosto 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 **LUZ STELLA MEJÍA HINCAPIÉ**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), **FUNDACIÓN HOSPITALARIA SAN VICENTE DE PAÚL** (en adelante FUNDACIÓN SAN VICENTE) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-011-2017-00804-01**.

AUTO:

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad **RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S.** quien representa judicialmente los intereses de Colpensiones en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada **LILIANA CHÁVES ORTEGA** identificada con C.C. No. 1.088.945.905 y portador (a) de la T.P. No. 303.709 del C.S de la J, para que represente a COLPENSIONES en este proceso como apoderada sustituta.

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 afiliación 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 consecuentemente:

a) Se ordene la reactivación al régimen de prima media administrado por Colpensiones con inmersión el régimen de transición

b) Se ordene a PROTECCIÓN S.A., trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones con sus frutos y rendimientos, intereses, y a Colpensiones a recibirlos.

c) Se condene a PROTECCIÓN S.A., a pagar a título de perjuicios morales y materiales en su arista de lucro cesante en forma retroactiva la pensión de vejez, mientras Colpensiones reconoce y paga la pensión de vejez que le asiste a la actora. así como el pago de los honorarios del apoderado.

2. Se declare que entre Fundación San Vicente y la demandante existió una relación laboral cuyos extremos temporales fueron entre el 3 de septiembre de 1980 y el 14 de mayo de 1989 y como consecuencia se condene a:

a) Fundación hospitalaria San Vicente, y con destino a Colpensiones a reconocer y a pagar el título pensional que arroje el cálculo o reserva actuarial que liquide dicha entidad por el tiempo laborado por la actora entre el 3 de septiembre de 1980 hasta el 14 de mayo de 1989.

2.- Se ordene a Colpensiones a realizar el cálculo actuarial respectivo y a recibir el pago del título pensional de Fundación San Vicente, a fin de que le valide ese tiempo, y luego de acreditarse su pago proceda a actualizar y corregir la historia laboral donde se vea reflejado ese tiempo a favor de la actora y consecuentemente a las anteriores pretensiones.

3. se condene a Colpensiones a reconocer y a pagar la pensión de vejez bajo el régimen de transición a la actora con sus mesadas adicionales, intereses moratorios y/o indexación.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que nació el 03 de abril de 1959, y al comenzar su vida laboral se afilió al RPM administrado por el ISS en julio de 1987, y posteriormente en febrero del año 2002 se trasladó al RAIS por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A.

Expone que para su traslado al RAIS en febrero de 2002, no se le suministró una información clara, suficiente, adecuada, oportuna, veraz y concreta, cuando estando laborando en la oficina llegó una asesora de PROTECCIÓN y le dijo que se afiliara con ellos, diciéndole que el Seguro Social estaba en crisis y que en cualquier momento se

quebraba y nadie iba a responder, en cambio ellos tenían muy buen respaldo económico y no correría riesgos.

Aduce que le manifestaron que con ellos se podía pensionar cuando quisiera y con mejor pensión, pero sin informar requisitos y condiciones y que además allí la pensión era heredable. Los representantes comerciales de PROTECCIÓN S.A. acudieron a su lugar de trabajo, para efectos de aconsejarlo que se trasladarla al RAIS por medio de dicha AFP, afirmándole que con tal decisión obtendría la pensión de vejez con un monto más favorable que en el ISS.

Además le resaltaron la poca viabilidad financiera del fondo público y que por tanto, estaría en riesgo su futuro pensional, sin embargo no le brindaron una asesoría o información transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno u otro régimen, los beneficios, riesgos, ventajas o inconvenientes, en general las implicaciones sobre su derecho pensional, no le indicaron que debía acumular un capital suficiente con el cual pudiera financiar la pensión de vejez, ni la posibilidad de realizar aportes voluntarios, ni que sobre ese capital se iban a generar unos rendimientos, que variarían conforme al mercado, ni que de pensionarse anticipadamente requería mayor dinero en la cuenta de ahorro individual, entre otras cosas.

Refiere que laboró al servicio de SAN VICENTE FUNDACIÓN entre el 3 de septiembre de 1980 y 14 de mayo de 1989 en el cargo de auxiliar de archivo, pero ese tiempo no le aparece cotizado en el extinto ISS, por lo que solicitó a su empleador el reconocimiento de este tiempo a través de reserva o calculo actuarial, respondiéndole mediante comunicado del 5 de octubre de 2016: *"... En la solicitud usted señala que la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paúl deberá pagar a favor suyo, las cotizaciones por el tiempo laborado entre el 03/09/1980 y el 14/05/1989 por haber omitido la obligación de afiliarla al sistema de seguridad social...Si estuvo afiliada al seguro al seguro social, (actual Colpensiones) con numero patronal 02018203104 y numero de afiliación 020916248, durante su contrato laboral que estuvo vigente con el Hospital entre el 03/04/1981 y el 14/05/1989, resaltando igualmente que antes de esa fecha usted tuvo también un contrato ocasional desde el 03/09/1980, pero para el cual, según la normatividad vigente y lo referente a la seguridad social, no existía la obligación de aportes en el tema pensional ."* A pesar de que se acepta la relación laboral en los extremos temporales indicados, se aduce que entre el periodo 3 de septiembre de 1980 y 3 de abril de 1981 no estaban obligados a efectuarlas, lo cual no es cierto. Pero tampoco aparecen las cotizaciones que se afirman se hicieron al ISS.

Relata que para la vigencia de la Ley 100 de 1993, que en su caso lo fue el 30 de junio de 1995, tenía más de 35 años de edad, por tanto, es beneficiaria del régimen de transición, mismo que se afianza aún más con el tiempo que por omisión dejó de cotizar su empleador SAN VICENTE FUNDACIÓN, asistiéndole derecho así, al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el régimen del decreto 758 de 1990.

Cuenta que a raíz de no pensionarse bajo el régimen de transición, se irrogó un grave perjuicio de índole moral, que le causó gran aflicción, tristeza y preocupación, además, materiales al verse abocada, no solo de privarse de disfrutar de su pensión bajo los lineamientos de la transición, sino también de contratar los servicios profesionales de un abogado para procurar el restablecimiento de sus derechos, generados con el traslado al RAIS por la fractura al consentimiento informado íntimamente ligado a libre selección de régimen.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de primera instancia, despachó favorablemente las pretensiones de la actora, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenando en consecuencia a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los aportes de la demandante referentes a las cotizaciones, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, los gastos de administración las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, la prima de reaseguros de Fogafín y en caso de haberse generado los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubiesen causado.

Asimismo, ordenó indexar los dineros a devolver por gastos de administración, primas de invalidez y sobrevivientes y el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, además que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados junto con sus respectivos valores y el detalle pormenorizado de los ciclos de ingreso base de cotización, aportes y demás información.

Ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros entregados por PROTECCIÓN S.A. y a reactivar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad.

Igualmente condenó a COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la demandante pensión de vejez a partir del 01 de enero de 2019, con los parámetros definidos en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 como beneficiaria del régimen de transición reglado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Ordenó liquidar la pensión de

conformidad con los artículos 21 de la Ley 100 de 1993 para el IBL, y el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 para el monto porcentual (90%) sobre 13 mesadas pensionales al año, y a indexar el retroactivo pensional desde el 1 de febrero de 2019 mes a mes aplicando la fórmula establecida en la parte motiva.

Del retroactivo pensional, autorizó a COLPENSIONES descontar el porcentaje correspondiente al sistema de salud, que será consignados al ADRES.

También condenó COLPENSIONES, a validar las semanas en la historia laboral de la demandante, por los periodos correspondientes del 6 de abril de 1981 hasta el 15 de mayo de 1989, y sin perjuicio de las acciones de recobro de encontrarse alguna inconsistencia.

Igualmente condenó a la FUNDACIÓN HOSPITALARIA SAN VICENTE, a reconocer a la actora, el tiempo laborado entre el 03 de septiembre y el 02 de noviembre de 1980, mediante título o bono pensional, liquidado y a satisfacción de COLPENSIONES, de conformidad con lo reglado en el literal e) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y lo normado en el Decreto 1887 de 1994, de acuerdo con la parte motiva de la providencia.

El juez, negó las pretensiones referidas a la indemnización de perjuicios solicitadas por la actora en contra de la demandada PROTECCIÓN S.A.

También condenó en costas a las entidades demandadas, fijando como agencias en derecho la suma de \$2'500.000,00 de la cual corresponde el valor de \$1'500.000,00 a cargo de PROTECCIÓN S.A., \$500.000,00 a cargo de la FUNDACIÓN HOSPITALARIA SAN VICENTE, y a cargo de COLPENSIONES la suma de \$500.000,00

Finalmente decidió que no prosperaba la excepción de PRESCRIPCIÓN, propuesta por todas las demandadas, y prospera parcialmente la de PAGO propuesta por la FUNDACIÓN HOSPITALARIA SAN VICENTE.

Para fulminar 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 los afiliados al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de PROTECCIÓN 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 la AFP PROTECCIÓN S.A.

Para negar las pretensiones referidas a la indemnización de perjuicios solicitadas por la actora en contra de la demandada PROTECCIÓN S.A., argumento el juez, que tales perjuicios no fueron demostrados y que además cuando la actora se trasladó a PROTECCIÓN S.A., no tenía una expectativa legítima para obtener la pensión vejez.

Además, adujo el juez, que la indemnización de perjuicios conforme la Sentencia SL373 de 2021, solo procedente cuando el trabajador ya esté pensionado por el fondo privado de pensiones del que se reclama la ineficacia de la afiliación al RAIS.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por los apoderados de la demandante, de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES en los siguientes términos:

APELACIÓN DE LA DEMANDANTE.

El apoderado de la actora recurre la sentencia solicitando se revoque parcialmente frente a la condena en perjuicios, pues el señor juez considera que no hay lugar a los perjuicios toda vez que la mandante no acreditó los mismos, además porque ella solo tenía 42 años cuando se afilió al RAIS, luego no tenía una expectativa en ciernes.

Contrario a lo dicho por el señor juez, en este caso sí se debe fulminar perjuicios que se solicitan en contra de PROTECCIÓN para efectos que reconozca y pague la pensión, hasta tanto COLPENSIONES se la reconozca y pague.

El juez dice que no es posible la condena de perjuicios y en este tipo de procesos sino cuando la persona ya está pensionada, demanda la ineficacia se le abre la posibilidad de una eventual pena en perjuicios a los fondos de pensiones. Muy a pesar de los argumentos del señor juez, se considera que la lectura que hace el despacho sobre esa situación no es acorde con lo que dijo la Suprema Corte de Justicia en su SL 373 de 2021, precisando que en ese caso se trataba de un pensionado pero el juez en su

rol de administrador de justicia, de ser el vigilante de la protección de los derechos de los trabajadores, debe aplicar esas directrices o tesis que plasmó la Corte Suprema de Justicia en esa sentencia para hacerla extensiva también al caso de los afiliados, porque la Corte Suprema de Justicia allí sustentó, la condena en perjuicios, y fijó unas subreglas para este caso.

Basados en el art 16 de la Ley 446 de 1998, esta norma consagra la reparación integral, en la valoración de los daños, principio que conmina al juez a valorar los daños subrogados a la víctima en función de adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente la situación particular del afectado. El juez en vista de reparar integralmente los perjuicios ocasionados debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesaria para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos.

En sentencia SL 1777 de 2022 radicación 88020 sentencia del 24 de mayo de 2022, la magistrada ponente en un caso similar refirió citando la sentencia SL 3611 de 2021. Dicha disposición, haciendo referencia al art 10 del Decreto 720 de 1994 establece que las AFP deben responder por los perjuicios causados por sus agentes comerciales a los afiliados. De ahí, la posibilidad para demandar el resarcimiento de los daños en el proceso de afiliación. Sin embargo, esto no es la única herramienta de defensa judicial que brinda el ordenamiento jurídico, cuando la AFP omite el cumplimiento del deber de información. Por regla general el afiliado también puede demandarla ineficacia del acto, buscar la aludida compensación, o bien encausar su demanda con ambas alternativas.

Bajo ese contexto es claro que cuando se alega por parte de un afiliado la falta al deber de información por parte de la AFP en el acto de traslado, además de la acción de resarcimiento de perjuicios que en efecto prevé el art 10 del decreto 720 de 1994, aquel puede demandar la ineficacia del cambio de régimen pensional e inclusive elevar de manera conjunta tales pretensiones.

El Tribunal Superior de Medellín sala de decisión laboral en el proceso del Juzgado Segundo Laboral de Circuito con radicado 20151276 demandante Martha Cecilia Vélez contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN en sentencia del 10 de diciembre de 2021, en un caso de pensionado dijo:

A pesar de que a juicio la sala no es procedente trasladar los criterios jurisprudenciales de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional por omisión de las AFP en la debida asesoría pues es un conjunto jurídico disímil a la de indemnización de perjuicios demandados por la actora. Considera la sala que lo que corresponde

a la carga de la prueba de la asesoría sí es jurídicamente viable sostener lo mismo en los casos de la referida ineficacia que tal carga les corresponde a las AFP. Toda vez que si los Decretos 663 de 1996 y 720 de 1994 en lo que concierne a la información a que están obligadas las AFP les impone suministrar a los usuarios de los servicios que presten la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen de suerte que le permita a través de juicioso claros y objetivos escoger mejores opciones del mercado”.

Entonces, la Corte Suprema de Justicia ha dicho, en una interpretación sistemática y teleológica de cara a reparar los perjuicios incluso en tratándose de pensionados y hoy de afilados también es posible esta condena de perjuicios, pese a que el Tribunal sala de decisión considera que también hay una inversión de la carga de la prueba, que son los fondos los que tiene que probar, la no causación de esos perjuicios.

Sin embargo, se recibió el testimonio de la señora Leonisa quien manifestó haber estado presente en el momento en que su hermana Luz Estela recibió la asesoría por parte de PROTECCIÓN y el despacho dio por probado que a mi mandante sí se le vulneró flagrantemente el consentimiento informado. Entonces en ese caso, el derecho afectado por la falta de información, o violación al consentimiento informado, es de rango fundamental como es la pensión de vejez de mi mandante.

La gran pérdida que mi mandante tuvo fue el régimen de transición que fue declarado por el despacho en tanto le reconoció la pensión bajo este régimen, esto es bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990. Se privó de la oportunidad de al menos disfrutar la pensión desde el tres de abril del año 2014 cuando arribó a los 55 años de edad, porque para ese momento estructuró la pensión, por tanto, la culpa de PROTECCIÓN se materializa por la conducta negligente al no suministrar una información plausible, esto es una información clara, adecuada, suficiente, oportuna, y veraz, la culpa o el dolo está debidamente probada con la lesión al consentimiento informado, pues quedó demostrado dentro del proceso que el imperativo que le ponía la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios era suministrar información clara, adecuada, conducente y oportuna y veraz.

El daño se insiste, está representado por la pérdida oportunidad del régimen de transición porque mi mandante hoy a sus 63 años, no ha podido disfrutar de las misma y nótese como la testigo, su hermana refiere que ella incluso desde diciembre del año 2018 lleva 4 años sin percibir un solo peso, situación que le ha generado estrés angustia, tristeza, depresión, hasta el punto que sus hermanos han tenido que velar económicamente por ella y el nexo de causalidad, se perfila entre el daño y el hecho. Este refulge con el actuar negligente, omiso y dolosos con que obró PROTECCIÓN al sustraerse de un deber legal y abusando de su posición dominante por ende de la

relación asimétrica entre la afiliada, que en este caso era legal y el experto que era los asesores de los fondos de pensiones materializándose una fractura al consentimiento informado y cuyo rostro en este caso fue la pérdida de régimen de transición y la pérdida de oportunidad de ella poder haber disfrutado de la pensión en su justa medida desde el 3 de abril de 2014, frente a este tópico señores magistrados les solicito fulmine condena en contra de PROTECCIÓN.

Otro aspecto a tener en cuenta es que el despacho al fijar el litigio dio por probado que mi mandante le prestó el servicio a fundación San Vicente de Paúl, entre el 3 de septiembre de 1980 al 2 de abril de 1981 y el despacho solamente reconoce en la sentencia del 3 de septiembre al 2 de noviembre de 1980 cuando esos extremos temporadas se dieron por probados, teniendo en cuenta que mi mandante inició relación laboral con Fundación San Vicente desde el 3 de septiembre de 1980 hasta 15 de mayo de 1989 y sumando el tiempo que cotizó con posterioridad con EPM mi mandante si cumple con las 750 semanas al 30 de junio de 1995 que refuerza aún más ese régimen de transición.

Luego entonces era aplicable el precedente de la Corte Constitucional en la sentencia SU 062 de 2010 que estableció que el afiliado puede trasladarse en cualquier época a condición de que tenga al menos 750 semanas o 15 años de servicio al 30 de julio de 1995.

En esos términos señores magistrados les solicito se revoque o modifique la sentencia.

APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. recurre la sentencia, argumentando que, si bien no desconoce la aplicación del deber de la carga dinámica de la prueba en procesos como el que nos convoca en virtud del art 167 del CGP y del acatamiento del precedente jurisprudencial vertical de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que su representada se aparta del mismo al considerar que dicha carga probatoria constituye una prueba perversa.

En primer lugar porque desde la fecha del traslado a hoy a transcurrido términos suficiente para impedir a la AFP recolectar el material probatorio que permite demostrar la calidad de la información brindada a la demandante, no debe pasarse por alto que si bien existía un deber de brindar una información clara, detallada, suficiente oportuna al afiliado, desde la misma creación de la ley 100, con la expedición del

Decreto 663 de 1993 y Decreto 720 de 1994, dicha información no se exigía por escrito, salvo que quedara una constancia de que la afiliación había sido libre y voluntaria circunstancia que así quedó consignada en el formulario de vinculación.

Adicional a ello, lo plasmado en los alegatos de conclusión de la diligencia en la cual se estableció el periodo desde el cual se había establecido las prerrogativas para brindar la información a los afiliados o futuros afiliados, es desde el año 2010.

Ahora frente a la condena impuesta al pago de las cuotas de administración y demás que se condenó a la AFP a pagar, si bien no existe una primera medida un razonamiento que permita otorgar la razón a las razones expuestas por el señor juez en la parte motiva de la sentencia, por cuanto como se dijo de igual manera las cuotas de administración tanto en el RPM como el RAIS, ese 3% que constituye el IBC se distribuye para el pago de la administración y la financiación de la pensión de invalidez y sobrevivencia que de igual forma se da tanto en el RPM como en el RAIS y con esta condena se está propiciando un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES.

De igual forma, frente a los diferentes rublos a los que aludió el señor juez de instancia en su fallo, si bien no existe un razonamiento jurídico o factico que permita tal condena, mucho menos a la condena impuesta a mi representada a devolver esas sumas indexadas por cuanto se dijo las cuotas de administración constituyen de manera general los gastos en los que debe incluir por ley la administradora.

Siendo así y en caso de que los magistrados decidan confirmar la decisión en lo relativo a la declaratoria de ineficacia, solicito se revoque la orden impuesta a devolver lo referente a las cuotas de administración, y se absuelva a mi representada de devolver los montos indexados.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES recurre la sentencia, argumentando que si queda demostrado que el fondo faltó a su deber de buen consejo solicito se modifique la sentencia de instancia en lo entendido en que el responsable de solventar cualquier prestación económica a la parte demandante sea el fondo privado teniendo en cuenta que los Decretos 663 de 1993, Decreto 692 y Decreto 720 de 1994 los cuales crearon los parámetros que direccionan a los fondos privados otorgaron responsabilidades exclusivamente a aquellos y no a COLPENSIONES es por esto señores magistrados

que es necesario que cambiemos el esquema de responsabilidades que indilga carga económica en un 100% a mi representada pues dicha directriz trasgrede lo dicho por el acto legislativo 01 de 2005, en lo que concierne al principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Además del principio de legalidad, de confianza legítima en el sistema por cuanto COLPENSIONES no tiene la obligación de soportar las cargas que fueron creadas por la desatención del fondo privado. Es por esto que el pago de una eventual pensión tiene que estará cargo del fondo privado en un 100% bajo los parámetros que caractericen el RPM o en su defecto, debería recalcular el valor a transferir de tal forma que cubran en su totalidad el eventual monto que se le deba reconocer a la parte demandante en el RPM. Lo anterior por cuanto resulta ilógico para este apoderado judicial que los fondos privados se enriquezcan en base a su falta de responsabilidad y se descapitalice los recursos comunes y públicos en sentido parafiscal de todos los afiliados al RPM. Esto no lo digo con el fin de perjudicar al afiliado sino para que se responsabilice al verdadero causante de las omisiones.

Creo que el asunto de la ineficacia de la afiliación ha sido ampliamente estudiado y es hora de que se encuentre reglas proporcionales y congruentes con los supuestos facticos que hoy avocan este asunto.

Asimismo, respecto a la condena en costas procesales solicito se revoque la misma por cuanto COLPENSIONES debe considerársele como sujeto exógeno al litigio al no incurrir en la desatención de sus obligaciones para generarlo, además de esto, el art 365 del CGP faculta al operador judicial para decidir en todos los casos si es o no procedente una condena en costas pues de ser procedente estaría generando una descapitalización fundada en mi representada además de trasgredir nuevamente el principio de sostenibilidad financiera.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron oportunamente escritos de alegaciones, anotando resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Sobre los aspectos probatorios y el debido proceso. Negaciones indefinidas.

Sobre lo concerniente a que lo dispuesto en el escrito introductorio se trata de negaciones indefinidas, no se comparte, debido a que las expuestas en la demanda no tienen tal carácter, pues de acuerdo como se encuentran formulados los hechos, corresponden a negaciones definidas, toda vez que "... tienen por objeto hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente...". Siendo ello así, no se altera la carga de la prueba, ni se desplaza a la orilla del demandado puesto que quien pretende valerse de negaciones indefinidas, debe encontrarse en una situación de imposibilidad demostrativa y no ante una mera dificultad¹.

De acuerdo con lo precedente, era menester que la parte demandante ejerciera el despliegue probatorio atinente a demostrar insuficiencia en la información por parte de la AFP, aspecto que en modo alguno logra satisfacerse únicamente con la declaración de parte, lo que deriva en la asunción del riesgo de no haber probado, que se traduce en desestimar las pretensiones.

Y es que la inercia probatoria no debe privilegiarse bajo el argumento de que cualquier manifestación concerniente a no haber recibido información corresponde a negación indefinida, de una parte, porque en estricto no es así, ya que de acuerdo como se expuso en párrafos precedentes, se trata de hechos concretos, limitados en el tiempo, modo y lugar, elementos que además se encuentran documentados en el formulario de afiliación; de otra, porque es al juez, con apego en la autonomía judicial y salvaguardando el derecho a la prueba de los sujetos procesales, a quien en cada caso concreto le corresponde verificar la imposibilidad de las partes para acreditar su propuesta demandatoria.

Interpretación para la aplicación del artículo 1604 del Código Civil.

Como se ha dejado expuesto en precedencia y de acuerdo con la jurisprudencia relacionada, se colige que en el caso particular las manifestaciones de la parte actora no configuran negaciones indefinidas, lo que imposibilita pasar a hacer un análisis de lo dispuesto en el artículo 1604 del CC, puesto que, a juicio de este apoderado, en esta disposición no se consagra una presunción de culpa, sino que se hace necesario la demostración de que el deudor ha incumplido, para que ya, con un propósito liberatorio, el demandado intente acreditar la diligencia y cuidado, el caso fortuito o la fuerza mayor. Es decir, primero el demandante debe probar que hubo un incumplimiento del deber legal por parte de la AFP, para que la carga de la prueba se desplace hacia la orilla del demandado, aspecto que como viene de manifestarse, no

ocurrió, por lo que corresponde al juzgador acudir a las reglas que regulan la carga estática de la prueba.

Establecimiento de estándar probatorio y disminución del peso demostrativo del formulario de afiliación.

Se considera que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al establecer como regla general cuál debe ser el contenido mínimo de la información, según la época en que se haya producido el traslado entre regímenes pensionales, se arroga una función que no le es correspondiente, puesto que "...al legislador, mediante norma general y abstracta, le compete establecer el estándar de prueba «en atención a los valores en juego en cada tipo de proceso»"², así, como, por ejemplo, en derecho penal, que para que haya condena se requiere de conocimiento más allá de duda razonable, elemento que se encuentra regulado (Ley 906 de 2004. Art. 381).

Para el caso que nos convoca, se observa que el legislador no definió exactamente el estándar de prueba para el proceso laboral, lo que implica que es al juez, en cada caso concreto, con base en los medios de prueba regular y oportunamente allegados a la causa judicial, a quien le pertenece, en el ejercicio de su autonomía, la valoración de la prueba y deducir si una proposición fáctica se encuentra probada, según los artículos 60 y 61 del CPT y SS y 164 y 176 CG, por lo que considero que no le es debido a la Corte fijar en forma estandarizada el baremo, nivel o intensidad que se debe satisfacer por los llamados ajuicio en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen pensional.

En este orden, el acogimiento expreso o tácito de las etapas determinadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, atinentes a establecer el contenido mínimo y alcance del deber de información, deriva en la asunción por parte del juzgador para definir el caso concreto, en pautas que determinan prácticamente el establecimiento de un estándar probatorio que resulta imposible, debido a que el modelo fijado por la alta corporación se torna inalcanzable, en la práctica, irrealizable, porque, el aumento del estándar probatorio, esto es, el alto nivel o intensidad de la información que según el órgano de cierre se debe alcanzar por quien edifica su defensa en haber suministrado información debida, aunado a la disminución del valor demostrativo del formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales de la época y que a lo sumo es con lo que cuentan las AFP, deja sin opciones de defensa a las entidades demandadas, puesto que se produce un desbalance en las cargas

probatorias, que deriva, ahí sí, en imposibilidad demostrativa para el extremo pasivo³, con el agravante de que queda a merced de lo que el actor a bien tenga decir.

“Por su lado, el CGP, de *lege lata*, omite definir la suficiencia probatoria para la sentencia condenatoria; no obstante, de *lege data*, puede decirse que cuando el art. 164 obliga al juez a que su «decisión debe fundarse en las pruebas (...) allegadas al proceso», significa que el juez solo puede aceptar como verdadero un enunciado fáctico en la sentencia si lo encuentra probado. Mientras no haya regla jurídica en contrario, lo probado significa que tiene suficiente grado probatorio para superar el estado de duda o la incertidumbre sobre los hechos; porque resulta un contrasentido lógico-jurídico considerar un hecho probado y al mismo tiempo estimarlo en duda. Por tanto, si está en duda la proposición fáctica, se aplica la carga de la prueba; si no hay incertidumbre sobre la proposición, significa que está suficientemente probada y que se puede aceptar como verdadera. En conclusión, la exigencia jurídica de la necesidad de la prueba en la decisión judicial, implica, a su vez, una regla de la suficiencia probatoria.” Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo. La Prueba Como Derecho En el Código General del Proceso. 1 edición – Medellín: Tirant Lo Blanch, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, páginas. 250 y 251; 2019.

En mi sentir, la Corte petrifica una regla mediante la cual se concluye que el formulario de afiliación acredita un consentimiento, pero no informado, lo que prácticamente hace que por vía jurisprudencial se determine en forma previa el peso probatorio del documento, puesto que lo convierte en una prueba legal, tasada o tarifada. Siendo ello así, el órgano de cierre asume una competencia que no le es propia, toda vez que la determinación del valor anticipado de una prueba le corresponde al legislador, en modo alguno al juzgador.

Sobre periodos mínimos de carencia y sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

La ley 100 de 1993, en su artículo 13, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, dispone sobre la libertad de elección de regímenes por parte de quienes deben ser afiliados al sistema general de pensiones, delimitando como parte de las características que “b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo

271 de la presente ley.” a la par que del literal e del mismo artículo se desprende que “... Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.”

En sentencia C - 1024 de 2004, la Corte Constitucional, al referirse sobre la constitucionalidad de la norma que limita el traslado de régimen pensional, cuando al afiliado le falten diez años o menos para arribar a la edad mínima pensional, expuso:

“La medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional.”

Se aprecia en el presente caso que el traslado por vía judicial se pretende habiendo cercanía a la edad mínima pensional, deduciéndose de acuerdo con las reglas de la sana crítica, específicamente las de la experiencia, que la finalidad de la parte actora es la búsqueda del reconocimiento de una prestación por vejez en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, encontrándose que por largo tiempo no ha habido aportes al régimen pensional público, esto es, no se han realizado las cotizaciones que permitan la consolidación y proyección de un cálculo actuarial dentro del periodo mínimo de carencia establecido por el legislador, para efectos del reconocimiento pensional, lo que a la postre transgrede parte del objetivo de la norma analizada por la alta corte (Ley 797 de 2003, artículo 2.), puesto que se pone en riesgo la capitalización del sistema y la intangibilidad de los recursos públicos, debido a que es inminente el deber de reconocimiento pensional al afiliado, ante el regreso de este

al régimen público, toda vez que la administradora pensional, además, deberá reconocer un subsidio que no se encontraba dentro de sus proyecciones, situación que produce un desequilibrio en el sistema pensional, con perjuicios para Colpensiones, siendo esta una causa para negar el traslado de régimen pensional.

DEVOLUCIÓN DE APORTES

En el evento en que la judicatura opte por acceder a las pretensiones de la demanda, solicito que se ordene a las Administradoras del régimen de ahorro individual, que, realice la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante, sin descuento alguno durante la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando los conceptos a reintegrarse y un término perentorio para para el reintegro de los recursos y debidamente indexados.

COSTAS.

Por último, solicito se REVOQUE La condena en COSTAS impuesta a COLPENSIONES en primera instancia, se considera que es un tercero ajeno al proceso y para el caso fue convocado con el fin de que una vez se definida la controversia, proceda a recibir al afiliado y los dineros correspondientes con motivo del traslado, no siendo quien lo ocasionó. Por lo tanto, no se trata de una parte vencida conforme lo establece el artículo 365 del Código General del Proceso y en ese sentido no hay lugar a la imposición de costas a su cargo.

ALEGATOS DE PROTECCIÓN S.A.

El acto jurídico del traslado que realizó la señora Luz Stella Mejía Hincapié se dio en forma autónoma y mediando un consentimiento exento de vicios; suscribió el formulario en el cual se hace expresa mención sobre las circunstancia de haber signado el documento en forma libre y voluntaria, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ninguna persona, a pesar de que aduzca que suscribió el documento sin la información suficiente acerca de los alcances del acto jurídico que celebraba, afirmación que se cae de su peso conforme al interrogatorio de parte rendido por el demandante.

El acto jurídico por medio del cual se formalizó la afiliación del demandante a Protección S.A. goza de plena validez, pues fue realizado con una persona legalmente capaz, existe objeto y causa lícita y su consentimiento fue libre y no concurren las condiciones jurisprudenciales Para considerar que existe un error capaz de invalidar el consentimiento informado por parte del demandante.

Ahora, en el evento que se confirme la sentencia de primera instancia, considero que no hay lugar a modificar la sentencia y condenar a mi representada respecto del traslado de las cuotas de administración, toda vez que el artículo 20 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, establece que tanto en RPM como en RAIS hay lugar a dichos descuentos, los cuales un 3% del monto del IBC se distribuirá para el pago de las cuotas de administración y la financiación de la pensión de Invalidez y sobrevivencia.

Adicionalmente, por cuanto la teleología de la norma radica en que este descuento permitido por el Legislador tiene por objeto la retribución a la labor de administración de los aportes que ejecuta la administradora, por lo que no sería dable trasladar tal valor a Colpensiones, teniendo en cuenta que está no administró los aportes del afiliado, razón por la cual no existe razón jurídica para que se le deban adjudicar tales conceptos a dicha administradora, máxime si se tiene en cuenta que Protección S.A. reintegrará a la misma los rendimientos financieros que generó la juiciosa administración de los recursos de la señora demandante.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para 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.

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.

También se establecerá si es procedente la condena a COLPENSIONES, a validar las semanas en la historia laboral de la demandante, por los periodos correspondientes del 6 de abril de 1981 hasta el 15 de mayo de 1989.

Igualmente se decidirá si la condena a la FUNDACIÓN SAN VICENTE, a reconocer a la actora, título o bono pensional por el tiempo laborado entre el 03 de septiembre y el 02 de noviembre de 1980, debe realizarse por un lapso superior a tal periodo.

De otra parte, se decidirá, si es procedente condena en contra de PROTECCIÓN S.A., por concepto de indemnización de perjuicios al demandante.

Finalmente se decidirá si es procedente la condena en costas que se le impuso a COLPENSIONES en primera instancia.

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 en los art. 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de la parte demandante, PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES se consultará la sentencia en favor de esta última 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 los afiliados 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.

En el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folios 91 y 95 del expediente, (Documento 02 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 01 de febrero de 2002 como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 45 del expediente (Documento 02 del expediente digital), con **efectividad al 1º de abril de dicha anualidad** como se advierte en el certificado de afiliación que milita a folio 45 del expediente (Documento 02 del expediente digital).

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 00:16:00 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 19 del expediente digital), no se advierte que haya confesado que la AFP PROTECCIÓN S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no expresa 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, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo ha señalado de vieja data la SCL de la CSJ, para probar dicha asesoría, 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 probó la AFP PROTECCIÓN S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que se confirmará la decisión del *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 2002 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PROTECCIÓN S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que la orden impartida por la *a quo*, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, y por tal razón, como lo argumentó la *a quo* la devolución que debe realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES deberá incluir 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 de 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 PROTECCIÓN 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 dlla 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, contrario a lo manifestado por el apoderado de PROTECCIÓN S.A. en su recurso, 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 la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deba asumir de 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.

De otra parte, la Sala, debe aclarar que la devolución de PROTECCIÓN S.A. debe incluir el importe de bonos pensionales distintos Al tipo A, pues en el expediente se advierte que pueden haber sido pagados ya dichos bonos. En lo concerniente al bono tipo A que se haya pagado su importe, debe ser devueltos al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, pues ante la ineficacia del traslado de régimen pensional, no se genera el derecho al bono pensional tipo A.

Respecto de la afirmación expuesta por el apoderado de COLPENSIONES en sus alegatos sobre la imposibilidad de traslado de régimen 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 actora, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

De otra parte, se afirma en la apelación de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS, y la reactivación la afiliación al RPM, atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano establecida en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, por la inexistencia de equivalencia entre los valores recibidos y los valores requeridos para el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante.

Respecto del anterior argumento, se ha de manifestar, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que el actor estuvo afiliado al RPM era beneficiario 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, principio al que quien se debe someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

En lo relativo al pedido de PROTECCIÓN S.A. en su apelación, que en caso de que se decida confirmar la decisión en lo relativo a la declaratoria de ineficacia, se revoque la orden impuesta a devolver las cuotas de administración, indexadas, tal solicitud no es procedente por cuanto este porcentaje de las cotizaciones no fue abonadas a la cuenta de ahorro pensional de la demandante, por lo que no devengó los rendimientos o intereses pues fueron apropiados por PROTECCIÓN S.A. o gastados para los pagos

de las primas y demás menesteres que ordena la Ley, y por ello debe ser devuelto indexado.

Al respecto la jurisprudencia de la CSJ de la que se citan las sentencias SL1688 de 2019 SL 2932 de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021, la CSJ ha ordenó que las cuotas de administración fueran devueltas indexadas, por lo que no le asiste razón a PROTECCIÓN S.A. en este aspecto, de la apelación, y por ello el fallo de primera instancia será confirmado en este particular.

Finalmente, respecto de la oposición de COLPENSIONES en su apelación a la condena en costas de primera instancia que se le impuso, ha sido criterio de esta Sala que tal condena no es procedente, en atención a que esta entidad no tuvo ninguna responsabilidad en el traslado de régimen pensional del actor, y por lo tanto su convocatoria al proceso fue solo para que corriera con las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en el que no participó, razón por lo que no tiene que asumir costas procesales, y debido a ello este aspecto de la sentencia del *a quo* será revocado.

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.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, pero se revocará la condena en costas impuesta a COLPENSIONES.

DE LA CONDENA A LA DEMANDADA FUNDACIÓN HOSPITALARIA SAN VICENTE DE PAÚL A PAGAR TÍTULO ACTUARIAL A FAVOR DE LA DEMANDANTE.

En la sentencia de primera instancia, se condena a la FUNDACIÓN HOSPITALARIA SAN VICENTE DE PAÚL, a reconocer a la actora, título o bono pensional por el tiempo laborado entre el 03 de septiembre y el 02 de noviembre de 1980, asunto que es apelado por la apoderada de la actora, argumentando que el despacho al fijar el litigio dio por probado que la demandante le prestó el servicio a fundación San Vicente de Paúl, entre el 3 de septiembre de 1980 al 2 de abril de 1981 y el despacho solamente

reconoce en la sentencia del 3 de septiembre al 2 de noviembre de 1980 cuando esos extremos temporadas se dieron por probados, teniendo en cuenta que mi mandante inició relación laboral con Fundación San Vicente desde el 3 de septiembre de 1980 hasta 15 de mayo de 1989

Para resolver este aspecto de la apelación, es menester poner de presente, que si bien en la etapa de fijación del litigio, el juez de primera instancia indicó que se tenía por probado que la actora laboró para la Fundación San Vicente de Paúl, entre el 3 de septiembre de 1980 y el 2 de abril de 1981, de conformidad con la aceptación de este hecho que realizó la citada Fundación al dar respuesta a la demanda, lo que en principio no sería suficiente para tener por robado dicha situación de hecho, pues la etapa de la fijación del litigio, no es para que el juez de determine unilateralmente qué se tiene por probado o no en esa etapa del proceso, sino, para que en consenso de las partes se saque del debate fáctico y probatorio hechos que estos acepten en la audiencia al momento de fijar el litigio. No obstante, contrario a lo afirmado por el juez que en el expediente solo existe prueba que la actora laboró en la Fundación San Vicente entre el 03 de septiembre y el 02 de noviembre de 1980, conforme al contrato de trabajo que obra de la página 217 a 218 del archivo 02 del expediente digital, ello no es preciso, pues existe suficiente prueba documental en el sentido que en efecto la accionante sí laboró en la Fundación San Vicente de Paúl entre el 03 de septiembre y el 3 de septiembre de 1980 y el 2 de abril de 1981, como por ejemplo, la respuesta que da la citada Fundación a derecho de petición de la demandante obrante a folio 62 (archivo "02EXPEDIENTE PDF", del expediente digital)) en la que acepta que esta laboró en este periodo, solo que le aduce que no tiene derecho a las cotizaciones, por cuanto trabajó con contratos de trabajo ocasional o transitorio los que a la luz del Art. 6 y 45 del CST, no dan lugar a afiliación al sistema de seguridad social. Igualmente, a folio 65 (archivo "02EXPEDIENTE PDF", del expediente digital) obra certificación expedida por esta Fundación en la que se anota que la demandante laboró en ella desde el 3 de septiembre de 1980 al 14 de mayo de 1989.

Conforme lo anotado anteriormente, le asiste razón al apoderado de la demandante en cuanto a que la condena a la Fundación San Vicente, a pagar el cálculo actuarial, debe ser por el periodo del 3 de septiembre de 1980 y el 2 de abril de 1981, periodo en el que incluso, la citada Fundación en la etapa de la conciliación le ofreció a la actora el pago de las cotizaciones al sistema pensional, y que su apoderada de manera incomprensible no aceptó, por lo que se modificará la sentencia de primera instancia en el sentido antes explicado.

Ahora, respecto del pago de los aportes pensionales bajo la modalidad de cálculo actuarial ante la omisión del empleador en la afiliación al sistema pensional por cualquier causa, es preciso tener en cuenta que la jurisprudencia de todas las altas cortes de nuestro país, es decir la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y el Consejo de Estado, tiene establecido una clara y definida línea jurisprudencial según la cual, ante la falta de afiliación de un trabajador al sistema pensional por parte del empleador, bien sea por imposibilidad de hacerlo, por falta de cobertura del ISS o por cualquiera otra razón, es obligación del empleador, pagar los aportes pensionales que no canceló, por el procedimiento del cálculo actuarial.

La línea jurisprudencial antes mencionada ha sido construida inicialmente por la Corte Constitucional mediante en las sentencias T-719 de 2011, T-020 de 2012, T-651 y 770 de 2013 y T- 435 de 2014, T- 665 de 2015, T – 64 de 2018, SU- 226 de 2019, entre otras.

En la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, la tesis antes mencionada del deber de los empleadores de responder por las cotizaciones o aportes pensionales aún en los casos que no había cobertura del ISS o no había la obligación legal de cotizar, fue asumida en un principio con restricciones, pero posteriormente con más amplitud en la sentencia 32922 de 22 de julio de 2009 y la sentencia 35692 de 24 de enero de 2012, y sin restricciones de ninguna clase a partir de la Sentencia SL9856-2014, ratificada en las sentencias SL 18906-2017, SL3524-2018, SL4334-2019 entre muchas otras.

El Consejo de Estado también ha sostenido la tesis ya referida, entre otras en las sentencias 2006-02298 de octubre 24 de 2012, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “A”, en la Sentencia 2006-00068 de marzo 11 de 2010, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, y en la Sentencia 2016-05641 de julio 19 de 2017, SECCIÓN CUARTA., entre otras.

De otra parte, en consulta de la sentencia en favor de COLPENSIONES, esta debe ser aclarada, en el sentido que conforme al mandato del Inciso 2 del literal e) del Numeral 2 del Art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el Art. 9 de la Ley 797 de 2003, y el Art. 17 del Decreto 1414 de 1997 (compilado en el Art. Artículo 2.2.4.4.6., del Decreto 1833 de 2016), la obligación de COLPENSIONES de tener en cuenta las semanas de aporte pensional que se condenó a pagar a la Fundación San Vicente, sólo surge cuando COLPENSIONES haya recibido efectivamente a su satisfacción, el importe del

cálculo actuarial, para lo cual, deberá la actora acudir al proceso ejecutivo, si el pago no se efectúa oportunamente, o incluso para lograr que COLPENSIONES, realice la liquidación del cálculo actuarial, como obligación de hacer.

Lo anterior, sin perjuicio que COLPENSIONES reconozca y pague a la demandante, provisionalmente la pensión con las semanas debidamente cotizadas y certificadas que se citarán más adelante, y que posteriormente sea reliquidada incluyendo tiempo del cálculo actuarial que se condena a pagar a la Fundación San Vicente, una vez lo pague.

DE LA CONDENA A COLPENSIONES A PAGAR PENSIÓN DE VEJEZ A FAVOR DE LA DEMANDANTE.

En este caso, no es motivo de discusión que la accionante, nació el 3 de abril de 1959, lo que además se prueba con la copia de su registro civil de nacimiento que milita a folio 96 (archivo "02EXPEDIENTE PDF", del expediente digital), por lo que es beneficiaria del régimen de transición que establece el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 31 de julio de 1995 que entró a regir el sistema pensional de esta Ley 100 en su caso por haber sido empleada pública del nivel territorial en EPM conforme al certificado laboral para bono pensional emitido por EPM que obra a folios 68 a 74 (archivo "02EXPEDIENTE PDF", del expediente digital) en el que anota que laboró con esta empresa entre el 10 de julio de 1989 y el 10 de diciembre de 2001, contaba con más de treinta y cinco años de edad al 31 de julio de 1995.

Ahora como la demandante antes del 31 de julio de 1995, se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS) pues fue afiliada este Instituto el 3 de abril de 1981 por su empleador Fundación San Vicente, conforme al formulario de afiliación que milita a folio 63 (archivo "02EXPEDIENTE PDF", del expediente digital) para el derecho que tenga a la pensión de vejez, le son aplicables las preceptivas del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que regula dicha prestación para los beneficiarios del régimen de transición que establece el Art. 36 de la Ley 100 de 1993 afiliados al ISS.

De esta manera, los 55 años de edad, que le dan derecho a la pensión a la demandante a la luz el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758, los cumplió el 3 de abril de 2014.

Ahora, es preciso indicar que conforme al acto legislativo 01 de 2005, el régimen de transición que establecía el Art. 36 de la ley 100 de 1993, subsistió sólo hasta el 31 de

julio de 2010, excepto para quienes a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo (22 de julio de 2005) tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, para quienes se les persiste hasta el año 2014, requisito que cumple la parte demandante, toda vez que a pesar que en su historia laboral del ISS hoy COLPENSIONES, no registra cotizaciones con el empleador Fundación San Vicente de Paúl, existe prueba que este empleador, la afilió al ISS el 3 de abril de 1981 como ya se anotó anteriormente y la desafilió el 14 de mayo de 1989 conforme al formulario de informe de retiro radicado ante el ISS que milita a folio 63 (archivo “02EXPEDIENTE PDF”, del expediente digital) por lo que COLPENSIONES debe tener este tiempo como cotizado por la actora, sin perjuicio que pueda cobrar a la citada Fundación las cotizaciones, si fue que no las pagó, pues es suficientemente conocida la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en el sentido que la mora del empleador en el pago de las cotizaciones al sistema pensional, no puede perjudicar al trabajador en atención a que las administradoras de pensiones tiene la facultad de cobro forzoso de las cotizaciones y si no lo hacen no le pueden oponer al trabajador la mora en el pago de las cotizaciones de su empleador para desconocerle derechos que les otorguen tales cotizaciones.

De esta manera, en el periodo del 3 de abril de 1981 al 14 de mayo de 1989, la actora cuenta con 417,57 semanas de cotización. Adicionalmente en su historia laboral de COLPENSIONES que milita a folios 384 a 390 (archivo “02EXPEDIENTE PDF”, del expediente digital), empieza a registrar cotizaciones con EPM desde el 1 de julio de 1995 hasta 31 de diciembre de 2001, en el número de 324 semanas. De otra parte, registra cotizaciones en la AFP PROTECCIÓN S.A. desde el ciclo de agosto de 2004 de manera interrumpida hasta el ciclo de junio de 2015, a lo que se debe adicionar el tiempo laborado en EPM sin cotizaciones al ISS desde el 10 de julio de 1989 hasta el 30 de junio de 1995, correspondiente a 307,14 semanas, por lo que la demandante cuenta con mucho más de las 750 semanas 22 de julio de 2005 que exige el Acto Legislativo 01 de 2005, para que se le extienda la transición hasta el año 2014.

Ahora como los 55 años de edad, que le darían derecho a la pensión a la demandante a la luz del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, como beneficiaria del régimen de transición que establece el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, los cumplió el 3 de abril de 2014, para esta fecha debía contar con las 1000 semanas cotizadas que exige el referido Acuerdo para acceder a la pensión de vejez, con las que holgadamente cuenta la actora conforme a lo explicado en el párrafo anterior, por lo que le asiste derecho a la pensión con el fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con causación al 3 de abril de 2014.

Es necesario indicar, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tenía establecido en su jurisprudencia, desde las Sentencias, SL1981-2020 y SL1947-2020, admitió la posibilidad de la sumatoria de tiempos públicos sin cotización al ISS hoy COLPENSIONES, con las semanas cotizadas a esta entidad, para otorgar la pensión de vejez con base en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a los beneficiaria del régimen de transición que establece el Art. 36 de la Ley 100 de 1993

Conforme a lo anterior, la actora cuenta, con tiempo servido como trabajadora y cotizado así:

- En el periodo del 3 de septiembre de 1980 al 2 de abril de 1981 servido a la Fundación San Vicente, del que se condenó a esta entidad al pago del cálculo actuarial equivalente a 29,85 semanas, al que se adiciona el tiempo del 3 de abril de 1981 al 14 de mayo de 1989, de la afiliación efectiva al ISS por la citada Fundación, como ya se explicó, correspondiente a 417,57 semanas, para un total de 447,42 semanas
- El tiempo laborado en EPM sin cotizaciones al ISS desde el 10 de julio de 1989 hasta el 30 de junio de 1995, correspondiente a 307,14 semanas
- El tiempo que registra cotizaciones con EPM desde el 1 de julio de 1995 hasta 31 de diciembre de 2001, en el número de 324 semanas
- El tiempo de las cotizaciones en la AFP PROTECCIÓN S.A. desde el ciclo de agosto de 2004 de manera interrumpida hasta el ciclo de diciembre de 2018 en un total de 636,86 semanas.

En conclusión, la actora cuenta con 1715,42 semanas, incluido el tiempo del cálculo actuarial que se condenó a la Fundación San Vicente, al pago del cálculo actuarial, por lo que claramente, le asiste derecho a la pensión pretendida, con disfrute a partir el 1 de enero de 2019 como lo estableció el *a quo*, pues su última cotización la efectuó en el ciclo de diciembre de 2018

Es importante indicar, que como quiera que la pensión de la actora se causó después del 31 de julio de 2011, conforme al Acto legislativo 01 de 2005, tal prestación, se le pagará a la demandante en el número de 13 mesadas al año.

En lo relativo a 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 lo anterior, la sentencia consultada será precisada, en lo concerniente a que sobre el descuento del porcentaje legal del aportes al sistema de salud, que se ordenó en la sentencia de primer instancia, 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.

Finalmente, respecto de la oposición de COLPENSIONES en su apelación a la condena en costas de primera instancia que se le impuso, ha sido criterio de esta Sala que tal condena no es procedente, en atención a que esta entidad no tuvo ninguna responsabilidad en el traslado de régimen pensional del actor, y por lo tanto su convocatoria al proceso fue solo para que corriera con las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en el que no participó, razón por lo que no tiene que asumir costas procesales, y debido a ello este aspecto de la sentencia del *a quo* será revocado.

DE LA PRETENSIÓN DE CONDENA A PROTECCIÓN S.A., A LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS A LA DEMANDANTE.

En, el recurso de apelación, el apoderado de la demandante, aunque no con la claridad esperada, aduce que, en este caso sí se debe fulminar perjuicios que se solicitan en contra de PROTECCIÓN para efectos que reconozca y pague la pensión, hasta tanto COLPENSIONES se la reconozca y pague, pues se privó a la actora de la oportunidad de disfrutar la pensión desde el 3 de abril del año 2014 cuando arribó a los 55 años de edad, momento para el cual estructuró la pensión, por tanto, la culpa de PROTECCIÓN se materializa por la conducta negligente al no suministrar una información plausible, esto es una información clara, adecuada, suficiente, oportuna, y veraz, por lo que

atendiendo lo previsto en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que alude al principio de la consonancia, el análisis sobre la indemnización de perjuicios demandada, versará o se restringe al punto concretos de inconformidad manifestado y sustentado en la apelación, es decir el posible perjuicio material que haya sufrido la actora, referido a que por efecto del traslado al RAIS, no pudo acceder a la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, cuando cumplió los 55 años de edad en el mes de abril del año 2014.

En este sentido, respecto de la indemnización de perjuicios deprecada, fundada en que la actora, por su traslado al RAIS, no pudo acceder al disfrute de la pensión desde el año 2014 que cumplió los 55 años de edad, es necesario manifestar que la fecha en que una persona quiera entrar a disfrutar de su pensión de vejez, es un asunto que pertenece al fuero interior, que solo se puede saber con actuaciones expresas que exterioricen tal querer, toda vez que tener el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio y la edad para acceder a tal prestación, no es señal inequívoca de querer acceder a la pensión, pues puede existir interés de no empezar a disfrutarla, como por ejemplo en el caso de los servidores públicos que se rehúsan a retirarse del servicio para entrar a disfrutar de la pensión, prefiriendo seguir gozando de los beneficios laborales del salario y las prestaciones del cargo, que se menguan frente al beneficio de la pensión. Igualmente, trabajadores independientes o del sector privado pueden no tener interés en entrar al disfrute de la pensión, para evitar incurrir en inhabilidad de poder acceder a cargos públicos por tener la calidad de pensionados, o en seguir cotizando para obtener una tasa de reemplazo mayor, o mejorar las últimas cotizaciones con las que se liquida la pensión.

En razón a lo anterior, la única forma de acreditarse que un trabajador ha querido entrar al disfrute de la pensión de vejez, es el acto expreso de haberla solicitado.

En el presente caso, la única prueba de la manifestación expresa de la accionante de haber querido acceder a la pensión de vejez, es la petición que elevó ante COLPENSIONES, para que admitiera su regreso a esta entidad, obrante a folio 48 a 49 (archivo "02EXPEDIENTE PDF", del expediente digital) la que si bien no tiene fecha de haber sido radicada en COLPENSIONES, ni la respuesta de esta entidad que milita a folio 50 (archivo "02EXPEDIENTE PDF", del expediente digital), se anota que fue radicada el 19 de agosto de 2016, por lo que desde este momento se puede considerar que la demandante habría querido entrar disfrutar de su pensión de vejez.

No obstante, considera la Sala que no hay lugar a la indemnización de perjuicios objeto de la apelación, por cuanto la actora, tuvo la oportunidad legal de retirarse del sistema

pensional desde el mes de 2014, como lo permite el Art. 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la ley 797 de 2003, si consideraba que cumplía los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez, tanto en el RAIS, como en el RPM, y demandar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen pensional sin seguir cotizando, y de esta manera, obtener el disfrute de su pensión desde la fecha del retiro del sistema pensional como lo establecen los Arts. 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, y lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, sin importar que hubiera seguido vinculada laboralmente pues al ser una trabajadora del sector privado como ya se explicó, podía retirarse del sistema pensional y continuar laborando, por lo que el perjuicio reclamado, fue por la propia culpa de la demandante, al no haber hecho uso de la prerrogativa que le concede la Ley, de desafiliarse del sistema pensional, como y se explicó, y por ello no hay lugar a la indemnización de perjuicios preñada respecto de PROTECCIÓN S.A.

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

Sin costas en esta instancia por haber sido vencidas todas las partes total o parcialmente en su recurso de apelación.

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 01 de septiembre de 2022 proferida por el JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **LUZ STELLA MEJÍA HINCAPIÉ**, contra la **FUNDACIÓN SAN VICENTE, COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, salvo en cuanto condenó en costas a COLPENSIONES, decisión que se **REVOCA**, para en su lugar abstenerse de imponer costas a esta entidad.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido que la devolución de PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES, debe incluir el importe de bonos pensionales distintos Al tipo A, que se hayan pagado a favor de la demandante. En lo

concerniente al bono tipo A que se haya pagado su importe, debe ser devueltos al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

TERCERO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia, en cuanto condenó a la FUNDACIÓN HOSPITALARIA SAN VICENTE DE PAÚL, a reconocer a la actora, el tiempo laborado entre el 03 de septiembre y el 02 de noviembre de 1980, mediante título o bono pensional, liquidado y a satisfacción de COLPENSIONES, en el sentido que la condena a tal cálculo actuarial, es por el periodo del 03 de septiembre de 1980 al 2 de abril de 1981

CUARTO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de DECLARAR que la obligación de COLPENSIONES de tener en cuenta las semanas de aporte pensional que se condenó a pagar a la Fundación San Vicente de Paúl, sólo surge cuando COLPENSIONES haya recibido efectivamente a su satisfacción, el importe del cálculo actuarial, para lo cual, deberá la actora acudir al proceso ejecutivo, si el pago no se efectúa oportunamente, o incluso para lograr que COLPENSIONES, realice la liquidación del cálculo actuarial, como obligación de hacer.

Lo anterior, sin perjuicio que COLPENSIONES reconozca y pague a la demandante, provisionalmente la pensión con las 1685.57 semanas debidamente cotizadas y certificadas que se citan en la parte motiva de este fallo, y que posteriormente sea reliquidada incluyendo las 29,85 semanas, del tiempo del cálculo actuarial que se condena a pagar a la FUNDACIÓN HOSPITALARIA SAN VICENTE, una vez lo pague, si con ellas obtiene un mayor valor de la pensión.

QUINTO: PRECISAR, la sentencia de primera instancia, en el sentido que, sobre el porcentaje legal del aporte al sistema de salud, que se ordenó en la sentencia de primera instancia de las mesadas pensionales, no se causa la indexación, que se condenó a pagar a COLPENSIONES.

SEXTO: 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: **02411a487db216947e383be80a6635e7435e70e285af796e2f82055737dd9b14**

Documento generado en 02/08/2023 03:11:03 PM

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