

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El diecisiete (17) 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 el señor **ABRAHAM DE JESÚS NOVOA VARELA**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. **05266-31-05-001-2020- 00416-01**.

AUTO:

De conformidad con el memorial allegado a través de correo electrónico, el abogado FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI, quien funge como representante legal de la sociedad PALACIO CONSULTORES S.A.S., presenta renuncia al mandato conferido por COLPENSIONES. Teniendo en cuenta que con dicho escrito adjunta las constancias mediante las cuales se evidencia que la entidad está enterada de dicha decisión y que con ello se cumple lo estipulado en el artículo 76 del CGP, se acepta la renuncia al poder presentada por FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI, en calidad de representante legal de la sociedad PALACIO CONSULTORES S.A.S.

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:

El 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 el actor nació el 2 de octubre de 1958, que se afilió al Sistema General de Pensiones en el RPM administrado por el ISS, y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP COLFONDOS S.A. en junio de 2003.

Expone que PROTECCIÓN S.A. no le brindó la información acerca de las graves consecuencias de traslado, además de que este le manifestó que en el fondo privado se pensionaría anticipadamente y con una mesada superior de la que obtendría en el instituto de Seguros Sociales y que dicho instituto se iba a acabar; por lo que con estos hechos el fondo accionado no le suministro la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado al aquí demandante.

Aduce que el fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. nunca le hizo las proyecciones pensionales en los dos regímenes y no le dio indicaciones de cómo debía de hacer los aportes, para cumplir con los beneficios del RAIS ofrecidas por su asesor.

Manifiesta que, presentó formulario de traslado a COLPENSIONES el cual fue negado.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó de forma favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, entendiéndose que se ha mantenido afiliado al RPM, de manera permanente y sin solución de continuidad, ordenando a PROTECCIÓN S.A. trasladar a Colpensiones, la totalidad de aportes por pensión recibidos en la cuenta de ahorro individual del demandante con motivo de su afiliación, con los rendimientos financieros, sin descuento alguno, incluyendo el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; incluyéndose además los bonos pensionales si los hubiere; todo ello dentro del término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Seguidamente ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros trasladados, teniendo al demandante, como afiliado al RPM, sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral para los fines pensionales y prestacionales a que hubiere lugar.

Asimismo, ordenó a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante, la pensión de vejez a partir del 8 de octubre de 2020 y con derecho a trece (13) mesadas anuales y

en consecuencia, reconocer y pagar al demandante la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS UN MIL CIENTO SETENTA Y CUATRO PESOS M/L (\$38.701.174,00), por concepto de retroactivo de la pensión de vejez, por el período comprendido entre el 8 de octubre de 2020 y el 31 de octubre de 2022. A partir del 1° de noviembre de 2022, Colpensiones deberá seguir reconociendo y pagando la pensión de vejez de manera vitalicia, en cuantía equivalente a \$1.498.976,00.

Indicó el juez, que Colpensiones procederá al reconocimiento de la pensión dentro de los treinta (30) días siguientes de haber recibido los valores trasladados por PROTECCIÓN S.A. y autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo reconocido las cotizaciones en salud a cargo del demandante, conforme lo establecido en la Ley.

Consecuencialmente ordenó a Colpensiones a la indexación de los valores reconocidos a favor del demandante, desde la fecha en la que debió de hacerse el pago de las mesadas pensionales, hasta la fecha en que se haga efectiva su cancelación.

De otra parte, absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones formuladas en su contra por el actor.

Para fulminar condena, la *a quo* consideró que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes pensionales, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de la AFP que, al momento de la afiliación del demandante, haya cumplido con el 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 un consentimiento suficientemente informado la suscripción del formulario de afiliación pre impreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción, formulada por la parte demandada; los demás medios exceptivos propuestos por las codemandadas, se declaran implícitamente resueltos.

Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. a favor del demandante, absolviendo de las mismas a COLPENSIONES. Señaló agencias en derecho en la suma de TRES MILLONES (\$3.000.000).

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada por el apoderado del demandante, argumentando que considera que el actor tiene el derecho al reconocimiento y pago de los intereses establecidos en el art 141 de la ley 100 de 1993 sobre las mesadas pensionales que se adeudan al momento del pago, toda vez que al ser declarada la ineficacia del traslado del fondo de pensiones Colpensiones a PROTECCIÓN S.A. se entiende que siempre ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida y debe considerarse los intereses moratorios, toda vez que el demandante cumplió los requisitos para pensionarse el dos de octubre de 2020 y presentó solicitud de reconocimiento y pago para su pensión de vejez a Colpensiones el 7 de octubre de 2020, por lo tanto, con el conteo de los cuatro meses que tiene el fondo de pensiones para reconocer la pensión, estos intereses se deben condenar a partir del mes de febrero del año 2021.

De igual manera, solicito también sea revisado por el Tribunal Superior el monto de la mesada pensional que ha sido fijada en el año 2020, 2021 y 2022 en favor de mi demandante toda vez que encuentra este apoderado que al parecer hay un cálculo deficitario sobre la tasa de remplazo y el monto que se le debe aplicar a mi representado y de igual manera sea revisado el retroactivo correspondiente.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para presentar alegatos de conclusión, la apoderada judicial de COLPENSIONES presentó escrito de alegatos anotando resumidamente que la figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de COLPENSIONES se consolida por todo ese tiempo en que la demandante ha estado afiliada en el Régimen de Ahorro Individual; aunado a que la Seguridad Jurídica que se deriva de esta inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros que en este caso tiene un impacto directo frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y la planeación de la reserva pensional.

El artículo 48 de la Constitución Política, estableció dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, la concibió como un derecho constitucional fundamental; y por el

otro, como un servicio público de carácter obligatorio el cual se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficacia, universalidad y solidaridad, entre otros.

El artículo 334 de la Constitución Política, señala que “la sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”, en ese orden de ideas, es necesario que, dando prevalencia al interés general sobre el particular, se tomen las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional, conforme a los principios que rigen la Constitución Política, en la medida que el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado.

En este mismo sentido, y en caso de no aceptarse la tesis de la inoponibilidad frente al tercero de buena fe (COLPENSIONES), le solicito a los Honorables Magistrados que al momento de revisar la decisión tomada por la Juez de instancia, se realice un test o juicio de proporcionalidad teniendo en cuenta que a éste lo componen 3 criterios fundamentales y necesarios a saber:

1. La idoneidad o adecuación de la medida tomada.
2. La necesidad de dicha medida: esto es que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios.
3. La proporcionalidad entre la medida tomada y los fines perseguidos con ella: es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes.

Así pues, considera esta apoderada que la decisión judicial tomada por la Juez de instancia el pasado 18 de noviembre de 2022, repercute en que se crea de manera injustificada y desproporcionada una obligación (con efectos patrimoniales) en cabeza de COLPENSIONES, quien administra los aportes de miles de pensionados y afiliados.

Al aplicar este test de proporcionalidad, se podría claramente ver como no pasaría el segundo criterio, esto es, “la necesidad”; toda vez que sí existen otros medios menos lesivos para mantener los derechos del afiliado y es que precisamente se haga cargo de las prestaciones económicas que se deriven de la declaratoria de dicha ineficacia, la AFP a la cual se encuentra afiliado el demandante (quien es en últimas la parte incumplida).

Se resalta además que, imponer esa carga en cabeza de COLPENSIONES, tiene un impacto más lesivo para la sostenibilidad financiera del Sistema, si se tiene en cuenta que COLPENSIONES es la única administradora del Régimen de Prima Media, alberga más número de pensionados y que dichas pensiones se reconocen con subsidio de las arcas del Estado; de forma tal que se estaría solventando con estos recursos, el desmedro económico ocasionado por un particular, que en este caso son las AFP privadas, quienes incumplieron con su deber legal, tal como se pudo demostrar en el desarrollo de este proceso judicial.

Solicito que de confirmarse la decisión, el Fondo Privado debe realizar la devolución y reintegro de las siguientes sumas: recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, rendimientos de la cuenta del demandante, anulación de bonos pensionales si existieren, porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración, adicionalmente que dichos valores se entreguen a mi representada; y que tales conceptos deben ser trasladados de manera indexada dada la evidente pérdida del valor de la moneda o si la suma de todos los conceptos a trasladar resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media; sea dicho fondo privado, quien asuma el pago de la diferencia que hubiere con cargo a sus propios recursos, evitando así un detrimento en las cuentas manejadas por COLPENSIONES. Lo anterior de acuerdo a lo expuesto en las sentencias SL 4.964 de 2018, SL 4.989 de 2018, SL 1.421 de 2019 y SL 1.688 de 2019 por cuanto precisamente la estabilidad financiera del sistema no se puede ver afectada por un acto que carece de eficacia.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si la afiliación del 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 al 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 en los art. 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación del demandante, se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES 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.

En el presente asunto, está probado, que el actor, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral visible a folios 1 a 9 del expediente (documento 18 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 3 de marzo del 2003, **con efectividad a partir del 1º de mayo del 2003**, como se registra en el certificado del SIAFP que milita a folio 42 del expediente (Documento 12 del expediente digital).

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 2003 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

00:38:30 del video de la audiencia de trámite y juzgamiento (documento 23 del expediente digital link primero), no se advierte que ésta haya confesado que AFP PROTECCIÓN S.A. le hubiese brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no manifiesta que se le haya ilustrado sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como 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, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, 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 probó la AFP, siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1996 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por el ISS hoy COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, la orden impartida por el *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, pues PROTECCIÓN S.A., debe devolver a COLPENSIONES la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional del actor, 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, 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 las AFP demandadas como cotización del 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.”

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, 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, respecto de la indexación de las devoluciones solicitada por COLPENSIONES en los alegatos, ella es procedente, respecto del porcentaje de la referida cuota de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, por cuanto este porcentaje de las cotizaciones no fue abonadas a la cuenta de ahorro pensional del demandante, por lo que no devengaron los rendimientos o intereses, pues el referido porcentaje, fue apropiado por PROTECCIÓN S.A. o gastados para los pagos de las primas, 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 se confirmará la sentencia de primera instancia, en este sentido.

En lo que tiene que ver con la orden del *a quo*, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor del actor, tal decisión resulta desacertada, toda vez que al ser ineficaz la afiliación del demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional, al menos el tipo A, y por tal razón, si el referido bono fue pagado se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

DE LA CONDENA AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ AL DEMANDANTE, A CARGO DE COLPENSIONES.

En cuanto a la condena al reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES, aspecto que se revisa en consulta en favor de esta entidad, debe señalarse primeramente que, habiéndose declarado la ineficacia del traslado de la accionante al RAIS, el derecho que tenga la a la prestación de vejez, debe ser asumido por COLPENSIONES, bajo los requisitos legales del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la ley 797 de 2003, por no ser esta beneficiario de la transición del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como bien lo dejó establecido la falladora de primera instancia.

Aquellas normas legales exigen como requisitos para obtener la citada prestación, 62 años de edad en el caso de los hombres y 1300 semanas cotizadas.

En este caso, el accionante, nació el 02 de octubre de 1958, como se prueba con la copia de su cedula de ciudadanía que milita a folio 7 y 8 (documento “02AnexosY Pruebas.pdf” del expediente digital), por lo que arribó a la edad mínima pensional de 62 años el mismo día y mes del año 2020, y además cuenta con 1.566,43 semanas cotizadas según la historia laboral actualizada al 19 de febrero de 2021 (fol. 44 a 62, documento “12 ContestacionProteccion.pdf” del expediente digital), por lo que reúne a cabalidad los requisitos legales establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de vejez.

De otra parte, respecto del disfrute de la prestación tendrá el mismo ocurre, a partir del día siguiente al que el afiliado realice su desafiliación del sistema pensional bien sea expresamente o tácitamente al cesar en las cotizaciones, desde su última cotización, como lo establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el que estipula lo siguiente:

“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,”.

En el presente caso está probado con la historia laboral actualizada al 19 de febrero de 2021 (fol. 44 a 62, documento “12 ContestacionProteccion.pdf” del expediente digital) que el demandante registra su última cotización al sistema pensional en el mes de septiembre de 2020, por lo que le asiste derecho al disfrute de la pensión desde el 08 de octubre de 2020, como lo decidió el *a quo*, por lo que la sentencia será confirmada en este aspecto.

En relación con la liquidación del IBL, cabe recordar que el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, estableció que el IBL para liquidar la pensión de vejez, es el IBL del “promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión”. Esta norma también permite que ese ingreso base sea el promedio de lo cotizado en “toda la vida laboral del trabajador” siempre y cuando “haya cotizado 1250 semanas”, en ambos casos actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE; tesis que le es aplicable a la demandante, toda vez que cuenta con 1.566,43 semanas cotizadas en toda su vida laboral.

El juez estableció que el IBL más favorable para el demandante era el de las cotizaciones de los último 10 años, lo que no fue objeto de reparo por el apoderado del actor. Efectuadas las operaciones matemáticas de rigor por parte de la Sala, se encuentra la pensión ni le retroactivo pensional se ha otorgado en suma superior a la que legalmente corresponde.

Ahora, aunque el apoderado del actor en la apelación, aduce que encuentra que al parecer hay un cálculo deficitario sobre la tasa de remplazo y el monto de la pensión, y de igual manera solicita sea revisado el retroactivo correspondiente, no da ninguna razón de por qué está mal liquidada la pensión, o el retroactiva pensional, lo que tampoco explica en los alegatos de esta instancia, toda vez que ni siquiera presentó alegatos, por lo que la Sala carece de elementos de juicio para decidir estos aspectos de la apelación y por ello no serán resueltos.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad que presenta el apoderado de la parte demandante con respecto a la abstención de condena a interese moratorios a cargo de COLPENSIONES, los mismos están previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los que conformen la jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, procede en caso de mora en el reconocimiento y por ende del pago de mesadas pensionales a las que tenga derecho un afiliado. En este caso para la fecha en que el demandante solicitó a COLPENSIONES la pensión de vejez esta entidad no estaba en la obligación de, reconocerla, ni siquiera de decidir sobre la misma, pues el actor estaba válidamente afiliado al RAIS, afiliación de la que solo se declara la ineficacia en este proceso, y por tal razón, no se puede predicar mora de COLPENSIONES en el reconocimiento de la pensión que dé lugar a los intereses de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto negó los referidos intereses.

Respecto de la INDEXACIÓN que ordenó la *a quo*, de las mesadas pensionales retroactivas, 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.

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.

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

Costas en esta instancia a favor de COLPENSIONES y a cargo del actor por haber sido vencido en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

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 4 de noviembre de 2022 proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE ENVIGADO, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **ABRAHAM DE JESÚS NOVOA VARELA** contra **COLPENSIONES**, y **PROTECCIÓN S.A.** PRECISÁNDOLA en el sentido de que PROTECCIÓN S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación del actor, sin descuento de ninguna índole, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, con sus intereses o rendimientos, indexando el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional del actor.

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia, en el sentido que en el evento que se hubiese pagado bono pensional tipo A, a favor del demandante, la devolución del importe del mismo, debe efectuarse al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES.

TERCERO: Costas en esta instancia a favor de COLPENSIONES y a cargo del actor.
Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

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: **51812d2541686c44f04994d3bd12fe3d0350015d577af097fee511654a19020e**

Documento generado en 17/08/2023 02:35:15 PM

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