

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintinueve (29) septiembre 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 **ELVIA CECILIA RESTREPO RESTREPO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-010-2020-00158-01**.

1. ANTECEDENTES:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia o nulidad 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 por no habersele brindado la información y asesoría clara, necesaria y suficiente para tomar esta decisión.

Igualmente solicita, que se condene a Colpensiones a reconocerle y pagarle pensión de vejez, con los intereses moratorios o en subsidio la indexación.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que nació el 27 de abril de 1959. Se afilió al Sistema General de Pensiones, el 1 de julio de 1985 y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP PORVENIR S.A. en diciembre de 1996.

Indicó que no recibió por parte de PORVENIR S.A. información sobre los efectos que tendría el traslado de régimen, pues la entidad no le advirtió que con dicha afiliación el monto de la pensión podría ser significativamente inferior al que obtendría en el régimen de prima media con prestación definida.

Manifestó que, no se le presentó ni ofreció información sobre la pensión que le otorgaría el fondo privado, ni la comparación con la que obtendría en el régimen de prima media con prestación definida; tampoco que la pensión que ofrece el fondo privado quedaba sujeta a los rendimientos de capital y que esta podría disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado, frente a un derecho en el régimen de prima media que tiene la característica de ser cierto y constante.

Finalmente aduce, que elevó derecho de petición a COLPENSIONES, con el fin de que se accediera al traslado a esa entidad como responsable del régimen de prima media con prestación definida y se procediera al reconocimiento de la pensión de vejez, petición que fue denegada.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, y en consecuencia declaró que ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al RPM.

Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES dentro los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses, el bono pensional si se hubiera redimido, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, debidamente indexados a la fecha de entrega al RPM. Además, ordenó que dichos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

Seguidamente ordenó a COLPENSIONES a recibir los rubros aludidos, e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas en el RPM para la demandante imputándolo a los períodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron pagados.

Para fulminar condena, en lo que tiene que ver con la ineficacia de traslado, el *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 inconvenientes 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 de manera general los fondos aspiran a la demostración de sus obligaciones aportando los formularios suscritos, empero estos no son prueba de voluntad informada, ya que, de ello, no se desprende un estudio de las condiciones pensionales particulares. En ese sentido ha establecido el órgano de cierre de esta jurisdicción, que el formulario o formato de aceptación de traslado no es más que una formalidad legal en la cual no se advierten condiciones de favorabilidad ni se consignan los estudios pertinentes que permitan al particular, la toma de decisión que más le favorezca.

Consecuencialmente, ordenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez, a partir del 1° de agosto de 2019, con un retroactivo calculado entre esa fecha y el 31 de octubre de 2022 en 13 mesadas por año equivalente a \$89.566.317, suma que deberá ser indexada al momento del pago, y de la que se autoriza los descuentos del aporte al sistema de salud, y a partir del 1° de noviembre de 2022 seguirá pagándose una mesada de \$2.249.981 sin perjuicio de los incrementos anuales que disponga el Gobierno Nacional.

Finalmente, declaró probada la excepción de improcedencia de reconocimiento y pago de intereses moratorios y no probada la excepción de prescripción, las demás quedan implícitamente resueltas.

Costas a cargo de PORVENIR S.A. Agencias en derecho a favor de la demandante por valor de \$3.500.000 exonerando de estas a Colpensiones.

3. DEL RECURSOS DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada por el apoderado de COLPENSIONES argumentando que, en cuanto a la pensión de vejez decretada, la demandante no logra demostrar que fue viciada del consentimiento para trasladarse del RPM al RAIS. Por lo tanto, la pensión que hoy se declara no es posible por lo que se deberá mantener la demandante en PORVENIR, y ser esta la entidad que pensione a la señora ELVIA CECILIA RESTREPO.

En lo referente a la nulidad del traslado, de confirmarse la sentencia, solicito que se adicione a la sentencia, según lo que se advierte en la sentencia SL 4360 del 2019 en

las que se ordene que hay lugar a reintegrar la totalidad de las cotizaciones mencionadas por el A quo en la sentencia previa, se adicione en el sentido que si la sumatoria de los conceptos que se ordenan trasladar resultara inferior al valor total del aporte legal correspondiente, más los rendimientos que se hubieren generado en caso de que la demandante hubiera permanecido en el RPM, sea PORVENIR quien asuma la diferencia, que resultare como proporción al periodo del cual la mencionada, permaneció a PORVENIR.

Esto es necesario toda vez que, se ha declararse el derecho a la pensión no puede Colpensiones asumir una responsabilidad monetaria sobre la demandante cuando se supone que su traslado fue más de veinte años que estuvo en PORVENIR.

También solicito que se adicione al fallo en correlación con los principios de la estabilidad financiera y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en dirección a un fallo integro se especifique la rentabilidad que generaron los recursos anteriormente solicitados que corresponderán al RAIS y que no se haga aplicando la rentabilidad del RPM esto de conformidad con el art 283 y 284 del CGP.

Solicito también no se condena en costas Colpensiones, por ser tercero llamado a recibir y además con la apelación se busca un derecho que también tiene Colpensiones en lo relativo a la estabilidad financiera.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

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

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

En relación a las pruebas allegadas dentro del proceso, la parte demandante no logra acreditar los supuestos de hecho y de derecho para la declaratoria de Ineficacia de la Afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en razón a que no cumple con lo preceptuado por el artículo 167 del Código General del Proceso, pues en materia probatoria, por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias.

En los eventos de traslado de Régimen, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

El esfuerzo del demandante solo se reduce, en el interrogatorio de parte, a realizar afirmaciones sin base de sustento y que equivalen a las mismas del escrito de demanda, y que se traducen en meras conjeturas al momento de realizar la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Dentro de las providencias relacionadas con traslado de régimen, la Corte Suprema desconoció el precedente constitucional al valerse de manera generalizada de la presunta ignorancia de la ley por parte de los afiliados, para considerarlos como parte débil y en consecuencia legos o inexpertos, desconociendo adicionalmente que el error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos, menos para buscar un aprovechamiento pensional.

Se ha evidenciado que, en los fallos relacionados con la nulidad o ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, se censura que la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, no proporcionó al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las implicaciones del traslado, desconociendo que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas, siendo la primera la del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estableció en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las entidades de “suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

Hasta el año 2016, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad. Imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

Es claro que el entendimiento entre el RPM y el RAIS sugiere que los afiliados sean debidamente asesorados dado que hay aspectos técnicos que los diferencian. Sin embargo, esta regla no puede interpretarse como una situación universal que desplace las situaciones de cada caso particular y que además invierta la carga de la prueba sin mayor análisis que la naturaleza experta que tiene la administradora de pensiones.

Así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

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 consecuencia, la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Por lo que, retomando las ideas iniciales de los alegatos, ha de entenderse que la señora **ELVIA CECILIA RESTREPO RESTREPO** debe asumir las consecuencias jurídicas del acto de afiliación, permanecer en el que ahora es la entidad a la que cotiza para su vejez y finalmente, sea esta última la que lo pensione.

Ahora bien, de **CONFIRMARSE** la ineficacia del traslado, decretada por el AD-QUO implica que los fondos de pensiones privados deban regresar la totalidad de los aportes sin ningún descuento, como así se mencionó la Magistrada ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en la sentencia SL 4360- 2019 con fecha del 9 de octubre de 2019.

Además, y en concordancia con lo anterior se deben tener en cuenta lo que advierten las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018 y SL1421-2019 en las que ordena que hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, Así mismo solicito Honorables magistrados que en el caso de que se CONFIRME la ineficacia de traslado se **ADICIONE** a la misma, en el sentido de que si la sumatoria de todos los conceptos que se ordenen trasladar, tales como los antes mencionados (Recursos cuenta individual de ahorro, Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, Rendimientos, Anulación de Bonos Pensionales y porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración), 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 **PORVENIR S.A.**, quien asuma la diferencia que resultare en proporción al periodo durante el cual la mencionada permaneció afiliada a la Administradora de Fondos de Pensiones referida.

En lo que respecta a la PENSIÓN DE VEJEZ y el RETROACTIVO ordenado en la sentencia de primera instancia, no debería estar llamada a prosperar. Deben tener en cuenta Honorables Magistrados que una vez el dinero proveniente de PORVENIR S.A. ingrese al haber jurídico y a COLPENSIONES, ésta entidad deberá revisar y verificar las cotizaciones y que las mismas si sean consecuentes a las semanas en el RPMD, razón por la cual se solicita que los valores estén debidamente indexados y discriminados por la entidad de la cual se genera el traslado.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

1. DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo. Si bien menciona que, quedará sin efecto la afiliación, no hace referencia si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y subsiguientes, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes disposiciones legales para resolver un asunto en concreto.

Preciso es mencionar que, el único artículo que refiere a la Ineficacia de pleno derecho de un acto jurídico, es el artículo 897 del Código de Comercio, cuando “*un acto no*

produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.”

Cabe resaltar que, a la parte actora también le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, luego, tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con mi representada PORVENIR S.A., teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.

2. DEL DERECHO DE RETRACTO.

PORVENIR S.A., como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le **GARANTIZÓ** a la parte demandante la posibilidad de retornar al régimen de prima media y además, dispuso los canales de comunicación suficientes para permitirle a la actora conocer las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, referentes al funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, poniendo de presente las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma Ley, así lo acredita entre otros, la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3o del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

3.DEL DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA.

La demandante, luego de recibir la información necesaria y suficiente, que pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD, decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación con mi representada, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT.

4. DE LA ACREDITACIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE PORVENIR S.A.

Mi representada de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que, aportó los documentos que de acuerdo con las normas

existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos; además, pese a que la parte demandante JAMÁS estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD, permaneció en el RAIS, lo que sin duda al menos debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en el.

5. DE LA IMPOSICIÓN DE CARGAS PROBATORIAS INEXISTENTES.

En un Estado Social de Derecho, no es viable jurídicamente imponerle a los administrados, cargas probatorias distintas a las previstas en las leyes existentes para el momento de la ocurrencia de los hechos.

Luego, para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación con la demandante, mi representada únicamente debía dejar constancia de la libre escogencia a través del formulario de vinculación, sin que, también tuviera la NECESIDAD de registrar en documentos o a través de testigos o cualquier otro medio de prueba que, le SUMINISTRÓ la INFORMACIÓN NECESARIA Y OBJETIVA acerca de las condiciones, y requisitos para acceder a la pensión de vejez a los futuros afiliados.

6. DEL DEBER DE REALIZAR ANÁLISIS CRÍTICO Y EN CONJUNTO DE LAS PRUEBAS EN CADA CASO.

La primera instancia, sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del C.P.T y S.S., declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes referidas del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos -a las cuales debemos acudir por ausencia de reglas legales en materia laboral-, desconocimiento que, *«Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales»*, como lo señala el artículo 1602 del Código Civil y, están llamados a producir consecuencias respecto de quienes los celebran, reglas básicas de la teoría de las obligaciones.

7. DE LA DIFERENCIA LEGAL DE LA INEFICACIA Y LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y SUS EFECTOS.

De la mayor relevancia es, no confundir la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta, como de manera general se hace, en la medida que: *“Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan*

diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.”

Luego, ***“la ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido”.***

Ahora, en el caso hipotético de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es *“el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”*, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma.

Y es que, en virtud del artículo 1746, la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada es que da a las partes el derecho a ser restituidas las cosas *“al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones o pautas.*

“Si el negocio ha sido cumplido, total o parcialmente, por una de las partes o por ambas, la situación se retrotrae al estado en que las partes estarían de no haber celebrado el negocio. Es en esta circunstancia donde tienen cabida las restituciones de que trata el artículo 1746, que después de consagrar la regla general según la cual la nulidad judicialmente pronunciada da a las partes derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones y pautas.
(negrillas fuera de texto)

Entre las excepciones, se encuentra lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho este más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (artículo 58 de la Constitución Política).

En cuanto a las pautas que da el Doce y tres incisos del artículo 1746, está lo relativo a la posesión de buena o mala fe de las partes, tanto para las restituciones mutuas como para la conservación o devolución de frutos, intereses y mejoras, “según las

reglas generales”, que son las que establece el artículo 961 y siguientes del Código Civil.

Aunque la distinción entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva pudiera tener alguna utilidad en un contexto extrajurídico, por ser una cuestión de definición, no puede negarse que al fin de cuentas todo hecho con relevancia jurídica que se origina en una acción humana voluntaria parte de la interioridad del sujeto y tiene que manifestarse en un signo externo interpretable a partir de criterios jurídicos, de otro modo no tendría relevancia para el derecho. De ahí que todo instituto jurídico en el que la buena fe juegue un papel preponderante se concreta finalmente en una buena fe objetivada, es decir normativamente analizable.”

8. DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA H. SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO PENSIONAL.

En forma reiterada la Sala de Casación Laboral ha explicado que, los efectos de declarar la ineficacia del traslado pensional –se insiste no existe norma que prevea tal situación, ya que lo más aproximado es la ineficacia de la afiliación con las sanciones administrativas que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, es hacer la ficción de que el acto jurídico de traslado jamás existió.

De manera que, una construcción lógica y congruente es que, si el acto jurídico del traslado no existió porque el afiliado JAMÁS dejó de pertenecer al RPMPD, se debe ordenar en esta clase de procesos, la devolución de los aportes con los rendimientos que ese sistema le produciría al afiliado, pues entenderlo de otra manera es contrariar nuevamente lo dispuesto en las normas referentes a los efectos de la ineficacia de los actos jurídicos.

9. DE LA BUENA O MALA FE DE LAS PARTES EN LAS RESTITUCIONES MUTUAS.

De acuerdo con el artículo 1746, “(...) *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo*”.

Subrayado fuera de texto.

Ahora, el artículo 964 del Código Civil, que aplica para todos los casos en los que hay que restituir frutos, *“El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.”*

La Sala de Casación Civil, al respecto expuso:

La Sala, en relación con el artículo 964 del Código Civil, ha observado que dicha norma “establece una excepción a la regla general desarrollada en el artículo 716 ibidem, pues hace dueño al poseedor de buena fe de los frutos que haya percibido con anterioridad al enteramiento de la demanda, momento hasta el cual puede atribuírsele dicha condición -la de poseedor de buena fe-, pues a partir de allí, en el supuesto de ser vencido en el proceso, se le dará el mismo tratamiento establecido para el poseedor de mala fe y, por lo mismo, estará obligado a la restitución de la totalidad de los frutos que perciba” (Cas. Civ., sentencia de 16 de septiembre de 2011, expediente No. 19001- 3103-003-2005-00058-01; se subraya). No sobra destacar que esta posición de la jurisprudencia que ha sido constante (...)

Y luego agregó:

“Es patente, entonces, que el Tribunal erró en la interpretación del artículo 1746 del Código Civil y que, como consecuencia de tal yerro, no hizo actuar el artículo 964 ibidem, pues de no haber cometido tales desatinos, habría colegido que el aquí demandado, al ser poseedor de buena fe, como esa misma Corporación lo calificó en su propio fallo, apreciación fáctica que al no estar comprendida en la acusación no puede ser revisada por la Corte, estaba obligado a restituir únicamente los frutos percibidos con posterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda, porque sólo a partir de este momento quedaba sometido al régimen que para los poseedores de mala fe prevé el segundo de tales preceptos.”

Luego, en atención al principio de la congruencia de la sentencia – artículo 281 del C.G.P-, al no haberse discutido y menos probado la mala fe de PORVENIR S.A. en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a mi representada a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES”, los rendimientos financieros que logró mi representada por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS.

Tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado SIEMPRE estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan. Imponer esta obligación es tanto como exigirle a cualquier compañía de seguros que, si no se

presenta el siniestro amparado, debe devolver, trasladar, reintegrar el valor de la póliza pagada.

Un argumento de la mayor relevancia para no acceder a las pretensiones de la parte demandante, es lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, al estudiar la exequibilidad de la Ley 797 de 2003, en cuanto a que *“(…) el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidos en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizaciones.”*

Por las anteriores consideraciones, respetuosamente se solicita al H. Tribunal Superior de Medellín – Sala Laboral, analizar las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes **produjo los efectos jurídicos que las partes pretendían.**

En el evento de considerar que el “la falta al deber de información” constituye una causal estructural para que el traslado de régimen pensional no produzca efectos jurídicos, en aplicación del principio de la congruencia de los fallos judiciales, no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financiero que los aportes de la parte demandante produjeron en el RAIS por cuando no se alegó ni menos probó la mala fe de mi presentada, por lo que solo se deberá trasladar a PORVENIR SA. a trasladar a COLPENSIONES los rendimientos equivalentes del RISS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia administradas por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Si, por el contrario, la decisión del Tribunal es que se debe reintegrar la totalidad de los rendimientos, comedidamente solicitamos AUTORIZAR a PORVENIR S.A., a descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera que, la AFP realizó una gestión a favor del afiliado que le generó los referidos rendimientos, representados en:

- i) El reintegro del porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración (artículo 20 de la Ley 797 de 2003), durante el periodo en el que el afiliado estuvo vinculado a Porvenir;
- ii) A pagar el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos.

Al declarar la ineficacia del traslado pensional, el valor a trasladar correspondería a los intereses que la persona hubiese obtenido en el régimen de prima media, esto es, *el monto de los aportes + rentabilidad RISS (Colpensiones)*, por cuanto de acuerdo con el precedente judicial, la ineficacia implica retrotraer las cosas a su estado anterior como si nunca hubiese existido y, en aplicación del principio de inescindibilidad de las normas, la condena debería guardar consonancia con este principio.

10. DE LA INDEXACIÓN

La sentencia C- 00161 de fecha 13 de mayo del 2010, Magistrado Ponente - Edgardo Villamil Portilla, respecto a la figura de la indexación indicó:

“La actualización monetaria cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro, conforme a decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias que a la postre fue recogida por el artículo 16 de la ley 446 de 1998”.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 9316 de fecha 29 de junio de 2016, precisó que la indexación “es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía”

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS, está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, es incompatible y excluyente En ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPMPD.

Luego, ordenar que Porvenir S.A. indexe cualquier suma de dinero, es sin duda imponer una doble sanción, por cuanto sin hesitación alguna y sin que resulte

necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó mi representada a partir del acto jurídico informado que celebró el demandante con plenos efectos jurídicos, con creces, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de la CSJ, estableciendo que es responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones haber brindado la información suficiente a los usuarios, incluyendo tanto las ventajas como las desventajas que podría traer el traslado al RAIS, inclusive estando obligadas a desanimar al usuario en caso que no le convenga el mencionado traslado. Estas deben garantizar que la decisión se tome precedida de una información suficiente, completa, adecuada y veraz, especialmente se debe explicar al usuario los riesgos y desventajas que el traslado le puede generar.

Así mismo se establece que, en este tipo de procesos, la carga de la prueba sobre si la asesoría brindada fue adecuada o no, la tiene la Administradora de Fondos de Pensiones y no el afiliado, debiéndose entonces demostrar por parte de estas, de manera inequívoca, que la asesoría brindada cumplió con las características antes anotadas.

En el caso concreto, las entidades demandadas no lograron demostrar en el proceso que hayan brindado una asesoría con estas características a la señora ELVIA CECILIA RESTREPO. Por el contrario, a la demandante no se le hicieron proyecciones pensionales, ni le hablaron del derecho de retracto. A la demandante en ningún momento se le ofreció una información completa y suficiente, teniendo en cuenta que se trataba de un asunto de consecuencias mayúsculas y vitales, pues terminó afectando el derecho pensional de la actora.

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 el 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 los art. 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, además de resolverse la apelación de COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta misma entidad por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado del 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 afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folio 58 a 60 del expediente (Documento 02 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PORVENIR S.A. el 2 de noviembre de 1997, como se anota del formulario de afiliación a dicho fondo que reposa a folio 31 del expediente (Documento 02 del expediente digital).

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR S.A. en el año 1997 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, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:19:39 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 34 del expediente digital), no confiesa que la AFP PORVENIR S.A. le hubiere 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 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, 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.

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*, en principio, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, sin embargo no existe la debida precisión de los dineros a transferir, pues no se indica el concepto de reaseguros a devolver a qué se refiere, y por tal razón debe ser PRECISADA, en el sentido de indicar que la devolución que debe realizar PORVENIR 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 indexados, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, 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 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.

En conclusión, PORVENIR S.A. debe reintegrar 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 demandante.

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 del actor, 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.”

Teniendo en cuenta lo anterior, 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 deban 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.

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. Respecto del importe de bono pensional distinto al tipo A, se confirma que debe ser entregado a COLPENSIONES.

De otra parte, se afirma en la apelación de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS y la reactivación de la afiliación al RPM, atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues le generaría una descapitalización infundada a COLPENSIONES, al estar obligada a soportar una carga financiera considerable.

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 norma legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues a este principio el que se tiene que someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por COLPENSIONES al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

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

En cuanto a la condena al reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, aspecto que se revisa en consulta en favor de esta entidad, y en virtud de la apelación de COLPENSIONES, debe señalarse primeramente que, habiéndose declarado la ineficacia del traslado de la accionante al RAIS, el derecho que tenga la demandante 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 beneficiaria 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, 57 años de edad en el caso de las mujeres y 1300 semanas cotizadas.

En este caso, la accionante, nació el 27 de abril de 1959, como se prueba con la copia de registro civil de nacimiento que milita a folio 74 de la demanda (documento 02 del expediente digital), por lo que arribó a la edad mínima pensional de 57 años el mismo día y mes del año 2016, contando en toda su vida laboral con 1.761 semanas cotizadas según la historia laboral actualizada a febrero de 2020, aportada en la demanda, (página 205 y sgtes del documento 02 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, el mismo ocurre, a partir del día siguiente al que se acredita la desafiliación del sistema pensional, bien sea tácitamente desde su última cotización, o con el retiro expreso, 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 a febrero de 2020 aportada con la demanda y los archivos administrativos aportados por Colpensiones en su respuesta, visibles a folios 205 a 228 y 249 a 251(12. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO E HISTORIA LABORA 05001310501020200015800_ELVIA CECILIA RESTREPO RESTREPOI) que la demandante realizó su última cotización al sistema pensional en el mes de julio de 2019, en el que cotizó 30 días, por lo que le

asiste derecho al disfrute de la pensión desde el 1 de agosto de 2019, como de manera
acertada lo dispuso la *a quo*.

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 1761 semanas cotizadas en toda su vida laboral.

Se procedió a efectuar el cálculo de la pensión, con las cotizaciones de los últimos 10
años, encontrando que el IBL asciende a \$2.634.538 al que aplicarle la tasa de
reemplazo del 77% arroja una mesada de \$2.028.595

Anexándose a continuación las operaciones matemáticas efectuadas por esta sala,
respecto del cálculo del IBL de los últimos 10 años así:

DESDE	HASTA	IBC O SALARIO	No. DIAS	SALARIO INDEXADO	PROMEDIO	AÑO FINAL	IPC FINAL	AÑO INICIAL	IPC INICIAL
1-ago-09	31-ago-09	\$ 1.677.000	30	\$ 2.402.621	\$ 20.022	2018	100,00	2008	69,80
1-sep-09	30-sep-09	\$ 1.677.000	30	\$ 2.402.621	\$ 20.022	2018	100,00	2008	69,80
1-oct-09	31-oct-09	\$ 1.677.000	30	\$ 2.402.621	\$ 20.022	2018	100,00	2008	69,80
1-nov-09	30-nov-09	\$ 1.677.000	30	\$ 2.402.621	\$ 20.022	2018	100,00	2008	69,80
1-dic-09	31-dic-09	\$ 1.677.000	30	\$ 2.402.621	\$ 20.022	2018	100,00	2008	69,80
1-ene-10	31-ene-10	\$ 1.704.000	30	\$ 2.393.392	\$ 19.945	2018	100,00	2009	71,20
1-feb-10	28-feb-10	\$ 1.745.000	30	\$ 2.450.980	\$ 20.425	2018	100,00	2009	71,20
1-mar-10	31-mar-10	\$ 1.745.000	30	\$ 2.450.980	\$ 20.425	2018	100,00	2009	71,20
1-abr-10	30-abr-10	\$ 1.745.000	30	\$ 2.450.980	\$ 20.425	2018	100,00	2009	71,20
1-may-10	31-may-10	\$ 1.745.000	30	\$ 2.450.980	\$ 20.425	2018	100,00	2009	71,20
1-jun-10	30-jun-10	\$ 1.745.000	30	\$ 2.450.980	\$ 20.425	2018	100,00	2009	71,20
1-jul-10	31-jul-10	\$ 1.745.000	30	\$ 2.450.980	\$ 20.425	2018	100,00	2009	71,20
1-ago-10	31-ago-10	\$ 1.745.000	30	\$ 2.450.980	\$ 20.425	2018	100,00	2009	71,20
1-sep-10	30-sep-10	\$ 1.745.000	30	\$ 2.450.980	\$ 20.425	2018	100,00	2009	71,20
1-oct-10	31-oct-10	\$ 1.745.000	30	\$ 2.450.980	\$ 20.425	2018	100,00	2009	71,20
1-nov-10	30-nov-10	\$ 1.745.000	30	\$ 2.450.980	\$ 20.425	2018	100,00	2009	71,20
1-dic-10	31-dic-10	\$ 1.745.000	30	\$ 2.450.980	\$ 20.425	2018	100,00	2009	71,20
1-ene-11	31-ene-11	\$ 1.786.000	30	\$ 2.431.460	\$ 20.262	2018	100,00	2010	73,45
1-feb-11	28-feb-11	\$ 1.801.000	30	\$ 2.451.881	\$ 20.432	2018	100,00	2010	73,45
1-mar-11	31-mar-11	\$ 1.801.000	30	\$ 2.451.881	\$ 20.432	2018	100,00	2010	73,45
1-abr-11	30-abr-11	\$ 1.801.000	30	\$ 2.451.881	\$ 20.432	2018	100,00	2010	73,45
1-may-11	31-may-11	\$ 1.801.000	30	\$ 2.451.881	\$ 20.432	2018	100,00	2010	73,45
1-jun-11	30-jun-11	\$ 1.801.000	30	\$ 2.451.881	\$ 20.432	2018	100,00	2010	73,45
1-jul-11	31-jul-11	\$ 1.801.000	30	\$ 2.451.881	\$ 20.432	2018	100,00	2010	73,45
1-ago-11	31-ago-11	\$ 1.801.000	30	\$ 2.451.881	\$ 20.432	2018	100,00	2010	73,45
1-sep-11	30-sep-11	\$ 1.801.000	30	\$ 2.451.881	\$ 20.432	2018	100,00	2010	73,45
1-oct-11	31-oct-11	\$ 1.801.000	30	\$ 2.451.881	\$ 20.432	2018	100,00	2010	73,45

1-nov-11	30-nov-11	\$ 1.801.000	30	\$ 2.451.881	\$ 20.432	2018	100,00	2010	73,45
1-dic-11	31-dic-11	\$ 1.801.000	30	\$ 2.451.881	\$ 20.432	2018	100,00	2010	73,45
1-ene-12	31-ene-12	\$ 1.832.000	30	\$ 2.404.461	\$ 20.037	2018	100,00	2011	76,19
1-feb-12	29-feb-12	\$ 1.868.000	30	\$ 2.451.710	\$ 20.431	2018	100,00	2011	76,19
1-mar-12	31-mar-12	\$ 1.868.000	30	\$ 2.451.710	\$ 20.431	2018	100,00	2011	76,19
1-abr-12	30-abr-12	\$ 1.868.000	30	\$ 2.451.710	\$ 20.431	2018	100,00	2011	76,19
1-may-12	31-may-12	\$ 1.868.000	30	\$ 2.451.710	\$ 20.431	2018	100,00	2011	76,19
1-jun-12	30-jun-12	\$ 1.868.000	30	\$ 2.451.710	\$ 20.431	2018	100,00	2011	76,19
1-jul-12	31-jul-12	\$ 1.868.000	30	\$ 2.451.710	\$ 20.431	2018	100,00	2011	76,19
1-ago-12	31-ago-12	\$ 1.868.000	30	\$ 2.451.710	\$ 20.431	2018	100,00	2011	76,19
1-sep-12	30-sep-12	\$ 1.868.000	30	\$ 2.451.710	\$ 20.431	2018	100,00	2011	76,19
1-oct-12	31-oct-12	\$ 2.988.000	30	\$ 3.921.687	\$ 32.681	2018	100,00	2011	76,19
1-nov-12	30-nov-12	\$ 1.874.000	30	\$ 2.459.585	\$ 20.497	2018	100,00	2011	76,19
1-dic-12	31-dic-12	\$ 2.485.000	30	\$ 3.261.510	\$ 27.179	2018	100,00	2011	76,19
1-ene-13	31-ene-13	\$ 2.235.000	30	\$ 2.863.650	\$ 23.864	2018	100,00	2012	78,05
1-feb-13	28-feb-13	\$ 1.949.000	30	\$ 2.497.206	\$ 20.810	2018	100,00	2012	78,05
1-mar-13	31-mar-13	\$ 1.949.000	30	\$ 2.497.206	\$ 20.810	2018	100,00	2012	78,05
1-abr-13	30-abr-13	\$ 1.949.000	30	\$ 2.497.206	\$ 20.810	2018	100,00	2012	78,05
1-may-13	31-may-13	\$ 1.949.000	30	\$ 2.497.206	\$ 20.810	2018	100,00	2012	78,05
1-jun-13	30-jun-13	\$ 1.949.000	30	\$ 2.497.206	\$ 20.810	2018	100,00	2012	78,05
1-jul-13	31-jul-13	\$ 1.949.000	30	\$ 2.497.206	\$ 20.810	2018	100,00	2012	78,05
1-ago-13	31-ago-13	\$ 1.949.000	30	\$ 2.497.206	\$ 20.810	2018	100,00	2012	78,05
1-sep-13	30-sep-13	\$ 1.949.000	30	\$ 2.497.206	\$ 20.810	2018	100,00	2012	78,05
1-oct-13	31-oct-13	\$ 1.949.000	30	\$ 2.497.206	\$ 20.810	2018	100,00	2012	78,05
1-nov-13	30-nov-13	\$ 1.949.000	30	\$ 2.497.206	\$ 20.810	2018	100,00	2012	78,05
1-dic-13	31-dic-13	\$ 2.585.000	30	\$ 3.312.097	\$ 27.601	2018	100,00	2012	78,05
1-ene-14	31-ene-14	\$ 2.306.000	30	\$ 2.898.454	\$ 24.154	2018	100,00	2013	79,56
1-feb-14	28-feb-14	\$ 2.028.000	30	\$ 2.549.031	\$ 21.242	2018	100,00	2013	79,56
1-mar-14	31-mar-14	\$ 2.028.000	30	\$ 2.549.031	\$ 21.242	2018	100,00	2013	79,56
1-abr-14	30-abr-14	\$ 2.028.000	30	\$ 2.549.031	\$ 21.242	2018	100,00	2013	79,56
1-may-14	31-may-14	\$ 2.028.000	30	\$ 2.549.031	\$ 21.242	2018	100,00	2013	79,56
1-jun-14	30-jun-14	\$ 2.028.000	30	\$ 2.549.031	\$ 21.242	2018	100,00	2013	79,56
1-jul-14	31-jul-14	\$ 2.028.000	30	\$ 2.549.031	\$ 21.242	2018	100,00	2013	79,56
1-ago-14	31-ago-14	\$ 2.028.000	30	\$ 2.549.031	\$ 21.242	2018	100,00	2013	79,56
1-sep-14	30-sep-14	\$ 2.028.000	30	\$ 2.549.031	\$ 21.242	2018	100,00	2013	79,56
1-oct-14	31-oct-14	\$ 2.028.000	30	\$ 2.549.031	\$ 21.242	2018	100,00	2013	79,56
1-nov-14	30-nov-14	\$ 2.028.000	30	\$ 2.549.031	\$ 21.242	2018	100,00	2013	79,56
1-dic-14	31-dic-14	\$ 2.688.000	30	\$ 3.378.597	\$ 28.155	2018	100,00	2013	79,56
1-ene-15	31-ene-15	\$ 2.399.000	30	\$ 2.908.948	\$ 24.241	2018	100,00	2014	82,47
1-feb-15	28-feb-15	\$ 2.109.000	30	\$ 2.557.303	\$ 21.311	2018	100,00	2014	82,47
1-mar-15	31-mar-15	\$ 2.109.000	30	\$ 2.557.303	\$ 21.311	2018	100,00	2014	82,47
1-abr-15	30-abr-15	\$ 2.109.000	30	\$ 2.557.303	\$ 21.311	2018	100,00	2014	82,47
1-may-15	31-may-15	\$ 2.109.000	30	\$ 2.557.303	\$ 21.311	2018	100,00	2014	82,47
1-jun-15	30-jun-15	\$ 2.109.000	30	\$ 2.557.303	\$ 21.311	2018	100,00	2014	82,47
1-jul-15	31-jul-15	\$ 2.109.000	30	\$ 2.557.303	\$ 21.311	2018	100,00	2014	82,47
1-ago-15	31-ago-15	\$ 2.109.000	30	\$ 2.557.303	\$ 21.311	2018	100,00	2014	82,47
1-sep-15	30-sep-15	\$ 2.109.000	30	\$ 2.557.303	\$ 21.311	2018	100,00	2014	82,47
1-oct-15	31-oct-15	\$ 2.109.000	30	\$ 2.557.303	\$ 21.311	2018	100,00	2014	82,47
1-nov-15	30-nov-15	\$ 2.109.000	30	\$ 2.557.303	\$ 21.311	2018	100,00	2014	82,47
1-dic-15	31-dic-15	\$ 2.796.000	30	\$ 3.390.337	\$ 28.253	2018	100,00	2014	82,47
1-ene-16	31-ene-16	\$ 2.491.000	30	\$ 2.829.006	\$ 23.575	2018	100,00	2015	88,05
1-feb-16	29-feb-16	\$ 2.257.000	30	\$ 2.563.254	\$ 21.360	2018	100,00	2015	88,05
1-mar-16	31-mar-16	\$ 2.257.000	30	\$ 2.563.254	\$ 21.360	2018	100,00	2015	88,05
1-abr-16	30-abr-16	\$ 2.257.000	30	\$ 2.563.254	\$ 21.360	2018	100,00	2015	88,05
1-may-16	31-may-16	\$ 2.257.000	30	\$ 2.563.254	\$ 21.360	2018	100,00	2015	88,05
1-jun-16	30-jun-16	\$ 2.257.000	30	\$ 2.563.254	\$ 21.360	2018	100,00	2015	88,05
1-jul-16	31-jul-16	\$ 2.257.000	30	\$ 2.563.254	\$ 21.360	2018	100,00	2015	88,05
1-ago-16	31-ago-16	\$ 2.257.000	30	\$ 2.563.254	\$ 21.360	2018	100,00	2015	88,05
1-sep-16	30-sep-16	\$ 2.257.000	30	\$ 2.563.254	\$ 21.360	2018	100,00	2015	88,05

1-oct-16	31-oct-16	\$ 2.257.000	30	\$ 2.563.254	\$ 21.360	2018	100,00	2015	88,05
1-nov-16	30-nov-16	\$ 2.257.000	30	\$ 2.563.254	\$ 21.360	2018	100,00	2015	88,05
1-dic-16	31-dic-16	\$ 3.021.000	30	\$ 3.430.922	\$ 28.591	2018	100,00	2015	88,05
1-ene-17	31-ene-17	\$ 2.657.000	30	\$ 2.853.527	\$ 23.779	2018	100,00	2016	93,11
1-feb-17	28-feb-17	\$ 2.415.000	30	\$ 2.593.627	\$ 21.614	2018	100,00	2016	93,11
1-mar-17	31-mar-17	\$ 2.414.945	30	\$ 2.593.568	\$ 21.613	2018	100,00	2016	93,11
1-abr-17	30-abr-17	\$ 2.414.945	30	\$ 2.593.568	\$ 21.613	2018	100,00	2016	93,11
1-may-17	31-may-17	\$ 2.414.945	30	\$ 2.593.568	\$ 21.613	2018	100,00	2016	93,11
1-jun-17	30-jun-17	\$ 2.414.945	30	\$ 2.593.568	\$ 21.613	2018	100,00	2016	93,11
1-jul-17	31-jul-17	\$ 2.414.945	30	\$ 2.593.568	\$ 21.613	2018	100,00	2016	93,11
1-ago-17	31-ago-17	\$ 2.414.945	30	\$ 2.593.568	\$ 21.613	2018	100,00	2016	93,11
1-sep-17	30-sep-17	\$ 2.414.945	30	\$ 2.593.568	\$ 21.613	2018	100,00	2016	93,11
1-oct-17	31-oct-17	\$ 4.044.776	30	\$ 4.343.950	\$ 36.200	2018	100,00	2016	93,11
1-nov-17	30-nov-17	\$ 2.414.945	30	\$ 2.593.568	\$ 21.613	2018	100,00	2016	93,11
1-dic-17	31-dic-17	\$ 2.414.944	30	\$ 2.593.567	\$ 21.613	2018	100,00	2016	93,11
1-ene-18	31-ene-18	\$ 2.096.461	30	\$ 2.163.087	\$ 18.026	2018	100,00	2017	96,92
1-feb-18	28-feb-18	\$ 2.047.873	30	\$ 2.112.954	\$ 17.608	2018	100,00	2017	96,92
1-mar-18	31-mar-18	\$ 2.047.873	30	\$ 2.112.954	\$ 17.608	2018	100,00	2017	96,92
1-abr-18	30-abr-18	\$ 2.047.873	30	\$ 2.112.954	\$ 17.608	2018	100,00	2017	96,92
1-may-18	31-may-18	\$ 5.119.683	30	\$ 5.282.387	\$ 44.020	2018	100,00	2017	96,92
1-jun-18	30-jun-18	\$ 2.047.873	30	\$ 2.112.954	\$ 17.608	2018	100,00	2017	96,92
1-jul-18	31-jul-18	\$ 2.047.873	30	\$ 2.112.954	\$ 17.608	2018	100,00	2017	96,92
1-ago-18	31-ago-18	\$ 2.047.874	30	\$ 2.112.955	\$ 17.608	2018	100,00	2017	96,92
1-sep-18	30-sep-18	\$ 2.047.873	30	\$ 2.112.954	\$ 17.608	2018	100,00	2017	96,92
1-oct-18	31-oct-18	\$ 2.047.873	30	\$ 2.112.954	\$ 17.608	2018	100,00	2017	96,92
1-nov-18	30-nov-18	\$ 5.119.683	30	\$ 5.282.387	\$ 44.020	2018	100,00	2017	96,92
1-dic-18	31-dic-18	\$ 4.210.021	30	\$ 4.343.816	\$ 36.198	2018	100,00	2017	96,92
1-ene-19	31-ene-19	\$ 3.645.215	30	\$ 3.645.215	\$ 30.377	2018	100,00	2018	100,00
1-feb-19	28-feb-19	\$ 2.170.745	30	\$ 2.170.745	\$ 18.090	2018	100,00	2018	100,00
1-mar-19	31-mar-19	\$ 2.170.745	30	\$ 2.170.745	\$ 18.090	2018	100,00	2018	100,00
1-abr-19	30-abr-19	\$ 2.170.745	30	\$ 2.170.745	\$ 18.090	2018	100,00	2018	100,00
1-may-19	31-may-19	\$ 5.426.863	30	\$ 5.426.863	\$ 45.224	2018	100,00	2018	100,00
1-jun-19	30-jun-19	\$ 2.170.745	30	\$ 2.170.745	\$ 18.090	2018	100,00	2018	100,00
1-jul-19	31-jul-19	\$ 2.170.745	30	\$ 2.170.745	\$ 18.090	2018	100,00	2018	100,00
Últimos 10 años laborados									
TOTAL DÍAS			3600						
TOTAL SEMANAS			514,29						

Ingreso Base de Liquidacion -IBL-	\$ 2.634.538,58
Semanas Cotizadas	1.760,14
Tasa de reemplazo	77,00%
Valor pensión	\$ 2.028.595

TASA DE REEMPLAZO ARTÍCULO 10 DE LA LEY 797 DE 2003		
r = 65.50 - 0.50 s r = porcentaje del ingreso de liquidación. s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.		
Salario mínimo	2023	\$ 1.160.000
Salario mínimo dentro del IBL		2,271153945
Porcentaje IBL (r=)		64

Semanas mínimas requeridas		1.300
semanas adicionales a las mínimas requeridas		460,14
Grupo de 50 semanas adicionales a las mínimas		9
1,5 x Grupo de 50 semanas		13
r		64
Tasa de reemplazo		77%

La anterior liquidación de la pensión se realizó bajo los parámetros indicados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia 40552 de marzo 1º de 2011, es decir se tomó el promedio sobre lo cual cotizó el afiliado, durante los 10 años que anteceden al reconocimiento de la pensión, que equivale a 3.600 días, desde la última cotización del accionante, y a partir de ella, se efectúa un conteo — retrocediendo en la historia laboral, hasta completar un lapso de los 10 años de tiempo cotizado, actualizando los ingresos base de cotización a la fecha de la pensión, con los IPC inicial y final de diciembre de cada año a liquidar y del año anterior a la liquidación de la pensión.

La demandante debe aportar del retroactivo pensional que se le pague, el porcentaje correspondiente al aporte legal al sistema de salud, conforme la jurisprudencia de la CSL de la H. Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL1195 de 2014, SL16844 de 2015, SL 1064 de 2018 y SL 1169 de 2019 entre otras) y la Corte Constitucional (Sentencia SU-230 de 2015 entre otras), como de manera acertada lo dijo el a quo.

Respecto de la INDEXACIÓN de las mesadas pensionales retroactivas, encuentra esta sala que esta pretensión es procedente como igualmente lo dictaminó la *a quo*, 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.

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

Costas en esta instancia a favor de la demandante y a cargo COLPENSIONES, por haber resultado vencida 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 10 de noviembre de 2022 proferida por el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **ELVIA CECILIA RESTREPO RESTREPO** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** PRECISANDO que PORVENIR S.A., debe devolver a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación de la actora, 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 demandante.

Además, si se hubiese pagado bono pensional tipo A, a favor de la demandante, la devolución del importe del mismo, debe efectuarse al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES. Respecto del importe de bono pensional distinto al tipo A, se confirma que debe ser entregado a COLPENSIONES.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a favor de la demandante y a cargo COLPENSIONES. Las agencias en derecho, 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: **71893390c9011c827c2f6a49b53576834bf27f3fe1558456e543fd0639b431b1**

Documento generado en 29/09/2023 09:54:25 AM

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