

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Aprobado ACTA 285

Medellín, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Luis Octavio Saldarriaga Arias
DEMANDADO(S)	Colpensiones Protección S.A.
RADICADO	05001-31-05-009-2022-00157-01 (P 26923)
DECISIÓN	Confirma, adiciona, revoca y modifica
MAGISTRADA PONENTE	Carmen Helena Castaño Cardona

En la fecha, el **Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral**, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en el proceso ordinario promovido por **LUIS OCTAVIO SALDARRIAGA ARIAS contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** con radicado **05001-31-05-009-2022-00157-01**

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita.

Auto. Reconocimiento de personería:

En los términos de la sustitución de poder conferida por la doctora ISABEL CRISTINA GONZÁLEZ RESTREPO, se le reconoce personería suficiente para actuar a la doctora LAURA VANESSA MURILLO MADRID, identificada con cédula de ciudadanía 43.638.930 y portadora de la tarjeta profesional 190.428 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de COLPENSIONES.

I. ANTECEDENTES:

Pretensiones:

El demandante solicita declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y ordenar su regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Ordenar a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes que efectuó, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración.

Se condene a Protección S.A. a pagar desde el 14 de enero de 2021, una cuantía mensual de \$ 1.470.778, por haberlo inducido en error.

Se condene a Colpensiones a reactivar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida y recibir los aportes que sean trasladados por Protección S.A.

Se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez desde el 14 de enero de 2021, o desde la fecha efectiva del retiro del sistema o última cotización sin importar la novedad de retiro que presente o, aunque no exista ningún tipo de novedad consignada.

De manera subsidiaria solicitó se declare que Protección S.A. es responsable por la omisión en la información, que ocasionó perjuicio económico, por lo que debe reconocer a título de indemnización de perjuicios, como mesada pensional, el valor equivalente a lo que esta hubiese recibido si estuviera en el régimen de prima media.

Hechos:

Como fundamento de sus pretensiones expuso que nació el 14 de enero de 1959, se afilió al régimen de prima media con prestación definida en 1978. En 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual, donde ha permanecido hasta la fecha. En 2021, solicitó a Protección S.A. la anulación de su afiliación al régimen de ahorro individual, alegando que no recibió la información adecuada sobre las diferencias entre los dos regímenes. Esta AFP respondió que no contaba con soportes de la asesoría brindada, pues la misma fue verbal. También indicó que la anulación de la afiliación no es jurídicamente procedente. También solicitó a Colpensiones que tuviera como ineficaz o nula la afiliación al régimen de ahorro individual, entidad que le respondió que la anulación del traslado es improcedente. Señala que cuenta con 1860,86 semanas cotizadas en toda su vida laboral, y que, si se calcula la mesada pensional que recibiría en Colpensiones, tendría una diferencia mensual de \$470.778 a favor.

Contestaciones:

Colpensiones: se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Propuso las siguientes excepciones de mérito: inexistencia de la obligación de aceptar el traslado del demandante a Colpensiones, imposibilidad jurídica de cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción, buena fe de Colpensiones, imposibilidad de condena en costas y excepción innominada.

Protección S.A.: se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al señalar que la afiliación al RAIS fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Se suscribió un formulario de afiliación en forma libre y espontánea. Como excepciones de mérito formuló: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

Sentencia de primera instancia:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín en sentencia del **8 de septiembre de 2023 declaró la ineficacia** de la afiliación del demandante al RAIS administrado por **Protección S.A.** Como consecuencia, condenó a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguiente a la ejecutoria de la providencia el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y los bonos pensionales si hubieren sido ya redimidos y contar con sus propios recursos deberá trasladar con indexación lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima los gastos de administración y el valor de primas de seguro previsional y reaseguros, al momento de cumplirse esta orden los 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.

Condenó a Colpensiones a recibir de Protección S.A. los valores aludidos e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por el demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS, el IBC que fueron efectivamente cancelados.

Declaró que al demandante le asiste el derecho a la pensión de vejez a cargo de Colpensiones a partir del 1° de septiembre de 2021. Como consecuencia, condenó a esta AFP a pagar \$44.227.936 por concepto de retroactivo pensional causado hasta el mes de septiembre de 2023. Ordenó que a partir del 1° de octubre de 2023, Colpensiones deberá continuar reconociendo y pagando una mesada pensional a favor del accionante en la suma de \$1.792.265 por 13 mesadas anuales y sin perjuicio a los incrementos anuales de ley. Del retroactivo pensional autorizó a descontar lo correspondiente a los aportes para el subsistema de salud.

Las costas procesales se impusieron a cargo de Protección S.A.

Consulta:

Con ocasiones de las órdenes que le fueron impuestas a **Colpensiones**, se envió el expediente a este Tribunal para conocer del proceso en grado jurisdiccional de consulta.

Alegatos:

Demandante: solicita se confirme la sentencia, debido a que su traslado al RAIS fue ineficaz porque la AFP privada no le brindó la asesoría clara, completa y eficiente que le permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones que en su futuro pensional acarrearía dicho traslado. Agregó que Protección S.A. no le brindó la información necesaria para que pudiera tomar una decisión informada. Por lo tanto, el traslado del afiliado al RAIS se torna ineficaz y el afiliado debe regresar al RPM. Con relación a la pensión de vejez, esta condena se ajusta a derecho, de conformidad con lo regulado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Colpensiones: sostiene que las negaciones de la parte demandante no son indefinidas, sino que son hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho de igual naturaleza. Advierte entonces, que el demandante tenía la carga de probar que la AFP no le brindó la información adecuada. Agregó que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al establecer un estándar probatorio elevado para los casos de ineficacia de traslado, está arrogándose una función que no le es correspondiente, pues es el legislador, no la Corte Suprema, quien debe establecer el estándar probatorio en el proceso laboral. Señaló que los periodos mínimos de carencia y las restricciones al traslado de régimen pensional son necesarios para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Como consecuencia, solicitó la revocatoria de la sentencia que se revisa por vía de consulta.

II. CONSIDERACIONES:

Problema Jurídico

Los problemas jurídicos para resolver en esta instancia serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó la vinculación del actor al RAIS resulta o no eficaz, (ii) Establecer qué conceptos está obligada a devolver **Protección S.A.** a **Colpensiones**, (iii) Revisar si operó la prescripción, (iv) analizar si al demandante le asiste derecho o no a que Colpensiones le reconozca la pensión de vejez.

Pruebas relevantes

Antes de resolver considera la Sala importante realizar las siguientes precisiones de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente:

1. El señor Luis Octavio Saldarriaga Arias fue afiliado al ISS hoy Colpensiones el 27 de noviembre de 1978 (02/Pág. 21)
2. El demandante suscribió formulario de trasladó al RAIS administrado por Protección S.A. el 21 de julio de 1994 (02/Pág. 53)

Efectuada la anterior anotación procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento.

El precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL1688-2019, SL4360-2019, SL4426-2019, SL2611-2020, SL2877-2020, SL1217-2021 y SL755-2022.

En las providencias citadas el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los

siguientes momentos: (i) desde la fundación de las AFP, segundo momento, (ii) desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y (iii) a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS a través de **Protección S.A.** se dio el **21 de julio de 1994**, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual la jurisprudencia interpretando artículo 97 del Decreto 663 de 1993 ha exigido la demostración por parte de las administradoras de pensiones del cumplimiento del deber entregar una información necesaria y transparente, conceptos que se explican en la sentencia SL1452-2019 de la siguiente forma:

Información necesaria: consistente en la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que implica un comparativo entre las vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Transparencia: La AFP a través de su promotor debe comunicar a su potencial afiliado en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios.

El anterior deber trae en lo procesal una carga que recae en la administradora de pensiones, y es demostrar que suministró al posible afiliado una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen, para solo a partir de este conocimiento concluir que se garantizó su derecho al ejercicio de una libre selección de régimen pensional.

Sobre la **carga de la prueba** es importante la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada -la de que no recibió información- y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado.

En lo que respecta al presente asunto, **Protección S.A.** al dar respuesta a la demanda indicó que la afiliación del actor estuvo precedida de una asesoría integral y completa; sin embargo, más allá de esta afirmación no se trajo al

proceso prueba de que se entregó al demandante una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales y que la misma fue suministrada en un lenguaje claro, simple y comprensible para la fecha de la suscripción del formulario de afiliación¹, debiendo recordarse que la suscripción de este documento apenas implica que hubo un consentimiento libre de vicios² pero no informado.

Sobre las obligaciones que recaen en las administradoras de pensiones es bastante ilustrativa la sentencia SL782-2021, donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que:

...i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

De otro lado, es necesario recordar que situaciones como la permanencia por un lapso significativo de tiempo en el RAIS, el traslado entre administradoras privadas, una reasesoría o firmar un nuevo formulario de afiliación no tienen como consecuencia el saneamiento de una vinculación afectada por la ineficacia, en tal sentido vale la pena remitir a la lectura de la sentencia SL3349-2021, en la que, respecto de este tema, la Corte Suprema de Justicia, indicó:

Así como la Corte ha determinado que el hecho de tener sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello se derive una suerte de purga en el deber de información o de convalidación en su incumplimiento, tampoco el hecho de que el impugnante se haya vinculado, de manera discontinua al RAIS, aún con la misma administradora, significa per se que se tenga suficiente ilustración, conocimiento o comprensión de cada uno de los regímenes o que, se itera, tal situación releve del cumplimiento de sus deberes a la AFP, como lo exigen las normas aplicables en el momento en que acaezca tal evento.

A partir de lo expuesto, encuentra la Sala que al no demostrar **Protección S.A.** que cumpliera con su deber de informar, la consecuencia es que la afiliación efectuada a este fondo devenga ineficaz de conformidad con lo establecido en el

¹En lo referente a la aplicación de la carga de la prueba se indicó en sentencia SL-081-2021, lo siguiente: “Por tal razón, si la parte actora alude a la ausencia de tal información, como ocurre en este caso, no es de su cargo demostrar tal omisión, pues corresponde a un hecho negativo. Por el contrario, es deber de la AFP traer a juicio los elementos de prueba que permitan establecer que, al momento de la afiliación, brindó las explicaciones suficientes y veraces sobre las consecuencias, beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Así, si a la administradora se le adjudica el incumplimiento de su deber profesional y de no actuar con diligencia, entonces incumbe a ésta acreditar que sí atendió tales obligaciones. Además, es la entidad quien se encuentra en mejor posición probatoria para allegar los elementos de prueba requeridos para esclarecer hechos como los que aquí se discuten.”

² Sentencias SL-4426-2019, SL-782 de 2021 y SL-1743 de 2021.

artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por lo que se **Confirmará** el fallo de instancia.

De los efectos de la ineficacia

El juzgado de primera instancia ordenó a **Protección S.A.** a trasladar a **Colpensiones** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y los bonos pensionales si hubieren sido ya redimidos y contar con sus propios recursos deberá trasladar con indexación lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima los gastos de administración y el valor de primas de seguro previsional y reaseguros.

Este aspecto fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL4360-2019, en la que indicó que: la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.

Siguiendo esta enseñanza la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que las AFP que se beneficiaron de ello trasladen a **Colpensiones** todos los conceptos que recibieron, puesto que, los mismos serán utilizados para la financiación de la eventual pensión de vejez a la que tenga derecho el demandante.

La forma en que se debe interpretar el artículo 1746 del Código Civil, es bien explicada en la sentencia SL2877-2020, en la que al respecto se expresó:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

En virtud de lo expuesto, para la Sala es claro que durante el período en que el actor estuvo vinculado a la administradora del RAIS, se privó a **Colpensiones** del cobro de los gastos de administración en su favor, y en ese orden el restablecimiento de las cosas a su estado inicial no puede perjudicar al fondo de naturaleza pública, porque precisamente, con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta entidad tiene derecho a recibir 3 puntos porcentuales del aporte por gastos de administración, concepto que no fue recibido como consecuencia del acto declarado ineficaz.

En lo que toca con el pago de **seguros previsionales**, se debe indicar que dichos pagos obedecieron a una vinculación declarada ineficaz y en tal sentido hay una disminución en el valor del porcentaje de debió corresponder a **Colpensiones**, desmejora que debe asumir el fondo de pensiones generador de la ineficacia, y es por ello que la jurisprudencia ha indicado que deben ser reconocidos con cargo al patrimonio de los fondos de pensiones como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias SL755-2022, SL756-2022 y SL779-2022.

Por último, en lo referente a la **indexación** de las sumas a trasladar, es relevante recordar que tal orden se justifica en la necesidad de que los recursos devueltos sean actualizados sin que pierdan su capacidad adquisitiva por cuanto tienen como objeto la financiación de una prestación pensional en el régimen de prima media (Sentencias SL3465-2022, SL2229-2022 y SL3188-2022), debido a que la indexación no implica el incremento del valor de los conceptos a devolver, toda vez que su propósito se dirige únicamente a evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción de los dineros con los que se financiará la pensión por el transcurso del tiempo. Tal reevaluación monetaria no va en contravía de la devolución los conceptos ordenados, por cuando, estos se sustentan en lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008.

Así las cosas, debido a que la sentencia se conoce en grado de consulta, es necesario dejar algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia y en ese sentido, esta Sala a partir del precedente jurisprudencial ha identificado los siguientes:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM³.

³Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador⁴.
3. Los **gastos de administración**⁵, concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a **Colpensiones**, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios⁶, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁷.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados⁸.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁹.

⁴Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

⁵ Se debe realizar la devolución de estos conceptos indexados conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL-3871-2021, CSJ SL-4062-2021 y CSJ 4063-2021.

⁶ Sentencia SL-4360-2019.

⁷ Sentencia SL-2877-2020.

⁸En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

⁹En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL 2877-2020, CSJ SL-936-2021, CSJ SL-938-2021, CSJ SL-1410-2021CSJ y SL1442-2021.

A partir de lo explicado, encuentra la Sala que le asistió razón al juzgado del conocimiento en cuanto a los conceptos que ordenó trasladar y la necesidad de que los mismos sean trasladados con la respectiva indexación y en ese sentido se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia; sin embargo, se **ADICIONARÁ** la sentencia, en el sentido que, en el evento de que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafín, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a **Colpensiones** debidamente indexados.

Respecto a la orden dada por el juzgado a Protección S.A. de devolver el **bono pensional**, se debe tener en cuenta que, en el eventual caso de haber lugar a este, previo a su pago deben surtirse varias etapas, entre las que se encuentran la emisión, expedición y redención, siendo necesario precisar que, si bien el demandante se considera válidamente afiliada a Colpensiones, no hay lugar a la emisión del mismo, y en el caso tal de que se hubiere recibido anticipadamente, deberá anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite respectivo a que haya lugar. Por tal razón dicha orden deberá **REVOCARSE**, para en su lugar indicar que, en caso de que exista un bono pensional en favor del demandante y este haya sido recibido anticipadamente se proceda a restituirlo a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación.

De la excepción de prescripción

En lo que tiene que ver con la prescripción, encuentra la Sala que esta excepción no está llamada a prosperar, puesto que, la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos. En este sentido se remite a la lectura de las sentencias SL1688-2019, SL3202-2021 y SL3199-2021.

Pensión de vejez

Además de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pretende el demandante que Colpensiones le reconozca la pensión de vejez.

El artículo 9 de la Ley 797 de 2003¹⁰ que modificó el artículo 33 de la ley 100 de 1993, establece que tendrán derecho a la pensión de vejez, los afiliados mujeres que reúnan las siguientes condiciones:

¹⁰ La norma establece las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido 55 años de edad si es mujer o 60 años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a 57 años de edad para la mujer, y 62 años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo.

1. Haber cumplido 60 años. A partir del 1° de enero del año 2014 se incrementó la edad a 62 años.
2. 1000 semanas de cotización, incrementadas a 1050 a partir del 1° de enero de 2005, y en los años sucesivos a partir del 1° de enero de 2006 en 25 semanas hasta alcanzar en 2015 un número de 1300 semanas.

En lo que refiere al cumplimiento de los requisitos consagrados en la mencionada norma, se encuentra que los mismos están satisfechos, toda vez que, el actor cumplió 62 años de edad el **14 de enero de 2021**¹¹ y cuenta con **1860.86 semanas** de cotización¹², por lo que en este aspecto se debe **CONFIRMAR** la decisión de instancia.

Con relación a la fecha a partir de la que se deberá reconocer la prestación económica, la historia laboral emitida por **Protección S.A.**, con fecha de generación 2 de junio de 2022, da cuenta que la última cotización del demandante se dio para el período de agosto de 2021, por lo que le asiste razón al juzgado de instancia de ordenar el pago de la pensión a partir del día siguiente a la última cotización realizada y teniendo en cuenta los artículo 21 y 34 de la ley 100 de 1993, modificado este último por el artículo 10° de la ley 797 de 2003.

Frente al valor de la mesada pensional, el juzgado del conocimiento estimó que el Ingreso Base de Liquidación -IBL- de los últimos 10 años es de \$1.875.110, y la tasa de reemplazo es del 80 %, lo que arrojó una mesada pensional para el año 2021 de \$1.500.088; sin embargo, esta Sala del Tribunal procedió a verificar tal liquidación, encontrando que el IBL de los últimos 10 años es de \$1.840.452.⁷¹, mientras que la tasa de reemplazo, según lo regulado en el artículo 10 de la ley 797 de 2003 continúa siendo del 80 %, lo que arroja una mesada pensional de **\$1.472.362**, valor levemente menor al señalado en la sentencia de instancia.

Si bien, para la liquidación esta Sala tomó los mismos IBC indicados por el juzgado, lo cierto es que el promedio de los salarios de los últimos 10 años debe contarse como efectivamente cotizados, esto es, el equivalente a 3600 días, y no de 10 años cronológicos.

El artículo 46 del decreto 692 de 1994 (*Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993*), señala con relación al Ingreso Base de Liquidación: “*Se entiende por ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, el promedio de los salarios o rentas mensuales de los últimos 10 (diez) años de cotizaciones o su*

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

¹¹ Nació el 14 de enero de 1959 (02/págs. 20).

¹² Historia laboral de Protección S.A. muestra que el demandante cuenta con 762.29 semanas con otro régimen, mientras que con el fondo privado son 1098.57 semanas, para un total de 1860.86 (06/Pág. 78)

equivalente en número de semanas sobre las cuales efectivamente se cotizó, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, total nacional, según la certificación del DANE”

El juzgado de instancia tomó los IBC reportados desde agosto de 2011 a agosto de 2021, para un total de 3478 días; no obstante, esta Sala tomó en cuenta los IBC de abril de 2011 a agosto de 2021 para un total de 3600 días.

Corolario de todo lo dicho, la sentencia de instancia será **MODIFICADA**. En su lugar, la pensión de vejez se reconocerá a partir del 1° de septiembre de 2021, en cuantía mensual de **\$1.472.362**. Como retroactivo pensional causado hasta el 31 de octubre de 2023, Colpensiones le adeuda al demandante la suma de **\$45.169.614**. A partir del 1° de noviembre de 2023, Colpensiones deberá continuar reconociendo y pagando una mesada pensional a favor del demandante por valor de \$1.759.139 por 13 mesadas anuales y sin perjuicio a los incrementos anuales de ley.

Finalmente, con relación a la excepción extintiva de prescripción, esta no se encuentra demostrada en el presente asunto, habida cuenta que la pensión se reconoce desde septiembre de 2021 y la demanda se interpuso dentro del término trienal de que trata el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Costas procesales

Las costas procesales de la primera instancia quedan como lo dijo el juzgado del conocimiento. En la segunda instancia no se causaron.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la **Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín el **8 de septiembre de 2023**, en el proceso ordinario adelantado por **LUIS OCTAVIO SALDARRIAGA ARIAS contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, en cuanto declaró la ineficacia del traslado y los conceptos ordenados a devolver a Colpensiones.

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión de primera instancia en el sentido que, en caso de que dentro del período de afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafín, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados.

TERCERO: REVOCAR la orden dada a **PROTECCIÓN S.A.** respecto a la devolución del bono pensional. En su lugar se le ordena a esta AFP que en caso de que exista un bono pensional en favor del demandante y este haya sido recibido anticipadamente se proceda a restituirlo a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación.

CUARTO: MODIFICAR parcialmente el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia que se revisa por vía de consulta. En su lugar, se condena a **COLPENSIONES** a pagar al demandante la suma de **\$45.169.614** por concepto de retroactivo pensional causado del 1° de septiembre de 2021 al 31 de octubre de 2023. A partir del 1° de noviembre de 2023, **COLPENSIONES** deberá continuar reconociendo y pagando una mesada pensional a favor del actor por valor de **\$1.759.139** por 13 mesadas anuales y sin perjuicio a los incrementos anuales de ley.

QUINTO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia.

SEXTO: Las costas procesales quedan como se dijo en la motivación de esta providencia.

La anterior decisión se notifica por **EDICTO**.

LOS MAGISTRADOS


CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA


HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ


HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO