

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

Medellín, catorce (14) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez quien actúa como ponente, John Jairo Acosta Pérez y Francisco Arango Torres, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ordinario radicado con el número 05 001 31 05 012 2019 00313 01, promovido por la señora **JOSÉ EDUART CASTRILLÓN SÁNCHEZ**, en contra de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con la finalidad de revisar en consulta la sentencia emitida el 24 de junio de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 “...Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones...”, se toma la decisión correspondiente mediante

providencia escrita número **365**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

ANTECEDENTES

El señor José Eduart Castrillón Sánchez demandó a Colpensiones y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías pretendiendo se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Colfondos, y como consecuencia, se disponga el restablecimiento de su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad, la devolución a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, cuotas de administración, seguros previsionales y rendimientos devengados; la validación de estos aportes por parte de Colpensiones, el reconocimiento de la pensión de vejez bajo los requisitos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones se expuso, que se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual administrado el 3 de septiembre de 1999. Aduce que, para el momento del traslado, la AFP Colfondos S.A. omitió su obligación de buen consejo, al no brindarle una información clara y completa de los beneficios y consecuencias del traslado. Que el 4 de diciembre de 2018 solicitó información de su pensión y del traslado al régimen administrado por Colpensiones y que, ese mismo día solicitó a la Administradora de Prima Media el regreso al régimen público.

En sentencia proferida el 24 de Junio de 2022, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, declaró la ineficacia del traslado del señor José Eduart Castrillón Sánchez al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la Sociedad Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, entendiéndose que el demandante ha estado afiliado válidamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, y ordenó: i) A Colfondos S.A.

Pensiones y Cesantías, trasladar, con destino a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, y ii) A Colpensiones a reactivar la afiliación del actor sin solución de continuidad, y a recibir de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del accionante, así como a reconocer la pensión de vejez bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003, liquidada bajo los lineamientos de los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta para ello la última fecha de cotización y el registro total de semanas de cotización. Por último, condenó al fondo privado a pagar las costas del proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la activa solicitó que, en el evento de confirmar la sentencia de primera instancia se solicita sea adicionada en el sentido de condenar en costas y agencias en derecho en segunda instancia a los apelantes, en la tasa máxima permitida por el Acuerdo PSAA16-10554.

Por su parte, el apoderado de Colpensiones, manifiesta que las afirmaciones dispuestas en el escrito de demanda no tienen la calidad de negaciones indefinidas, toda vez que dan cuenta de hechos concretos que se encuentran definidos en el tiempo y lugar, lo que supone, que no hay lugar al desplazamiento de la carga de la prueba al demandado, pues no existe una imposibilidad absoluta para demostrar la insuficiencia en la información de la AFP al momento del traslado, sólo una dificultad que puede ser superada por quienes pretenden la declaratoria de ineficacia. Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, la parte activa debe probar que hubo un incumplimiento del deber legal de información de la AFP para que la carga de la prueba se desplace al demandado. Añade que el legislador no definió de manera exacta el estándar de prueba para el proceso laboral, por lo que no le es debido a la Corte Suprema de Justicia

estandarizar el baremo con el cual se satisface el régimen probatorio en los procesos formulados por la ineficacia de traslado de régimen pensional, modelo que se torna inalcanzable en la práctica por su alto nivel de información, sin dejar opciones de defensa a las entidades demandadas, creando un desbalance entre las partes integrantes del litigio, más aún, cuando se reduce el valor del formulario de afiliación al afirmar que no es prueba suficiente del consentimiento informado. También, indica que la Corte Constitucional en sentencia C 1024 de 2004, afirmó que la norma que limita el traslado de los afiliados que se encuentran a menos de 10 años de alcanzar la edad mínima para pensionarse estaba acorde con la constitución toda vez que evita la descapitalización del fondo común del Régimen de Prima Media a la vez que defiende la equidad en el reconocimiento de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, asegurando la cobertura del sistema a los habitantes del territorio colombiano; que por tanto, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional permite que personas que no han realizado aportes al sistema pensional público accedan a la pensión de vejez en éste, lo que genera un desequilibrio en el sistema pensional, perjudicando así a Colpensiones, entidad que no tuvo injerencia en la decisión de traslado de la parte activa, que no tuvo vicios en el consentimiento y estuvo ajustada a la normatividad vigente. Solicita que, en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia se ordene a la AFP a realizar la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante durante la vigencia de la vinculación a ésta, sin descuento alguno. Agrega que la declaratoria de ineficacia y retorno al RPMPD afecta financieramente el sistema pensional de este régimen.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico de esta segunda instancia, consiste en determinar si el traslado entre administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la actora se torna ineficaz como lo precisó el Juzgador de primera instancia, y en caso afirmativo, se abordará como problema jurídico asociado, si ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, así como definir las restituciones a que haya lugar entre entidades pensionales. Se verificará además si la parte activa cumplió

con todos los requisitos para hacerse beneficiario de la pensión de vejez en el Régimen Administrado por Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Esta Sala se acoge al precedente jurisprudencial pacífico, que en temas en un principio de nulidad y posteriormente de ineficacia, ha desarrollado la Honorable Corte Suprema de Justicia con ya 15 años de desarrollo, esto es, desde las sentencias 31989 y 31214 de 2008, cuando se analizó la situación que nos convoca bajo la óptica de la *nulidad del acto jurídico*, situación que cambió en cuanto a su consecuencia jurídica a partir de la sentencia SL 12136 de 2014, donde se abordó la *ineficacia*.

La figura de la ineficacia, en materia de elección de un fondo pensional, tiene su sustento en la parte final del inciso primero del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando hace referencia al hecho que si por cualquier forma se atenta contra el derecho a la afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se dejará sin efecto la afiliación respectiva.

Según se desprende de los fundamentos fácticos de la acción, se duele la parte actora de la omisión por parte de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, del deber de información, por tanto, se hace necesario abordar bajo tal óptica la situación del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, llevado a cabo el 13 de agosto de 1999.

Respecto a la información que deben brindar los fondos de pensiones a quienes pretenden captar como sus afiliados, es importante tener en cuenta que el mismo no tiene como fuente primigenia la llamada ley de doble asesoría 1748 del 2014, con su Decreto Reglamentario 2071 de 2015, pues dicha obligación existe desde el estatuto orgánico del sistema financiero, Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, al igual que el Decreto 720 de 1994 en sus artículos 10 y 12, que determina que la información suministrada debe ser suficiente, amplia y oportuna, trasladando

además las responsabilidades del asesor de los fondos pensionales a las entidades que representan.

Ahora bien, es importante precisar que, al tratarse de la multicitada figura de la *ineficacia*, esta no es susceptible de saneamiento, a más que lo se pretende es dejar sin efectos el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, el acto jurídico realizado por la asegurada el 1° de diciembre de 1999 ante la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por tanto, el análisis debe centrarse exclusivamente al cumplimiento o no del deber de información en dicho momento, lo cual tiene su sustento en la sentencia SL 1688 de 2019, que como su referente lo indica proviene de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

El análisis del tema pensional, bajo la perspectiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es un tema complejo, pues refiere múltiples aspectos y variables como lo son la forma de liquidación de las prestaciones en el caso que el afiliado tenga o no beneficiarios, los capitales requeridos para pensión ordinaria o anticipada, las condiciones de la garantía de pensión mínima, las modalidades de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, la forma en general como se financia la prestación, la incidencia de las fluctuaciones de los mercados en cada cuenta de ahorro individual, y en general, en principio, más que un comparativo de los montos pensionales su diferentes aspectos de un régimen frente al otro, situaciones estas básicas que son comprendidas dentro de los mandatos del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 que disponía para el momento del traslado de la actora, así: *“Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben 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 juicios claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”* y, por su parte, el Decreto 720 de 1994 en su artículo 12, cuyo texto preceptúa: *“...Obligación de los promotores. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho*

el afiliado...”, por lo que la Honorable Corte Suprema de Justicia delimitó como un primer momento frente al deber de información.

Dado el anterior precedente, es claro para la Sala de Decisión, que al señor José Eduart Castrillón Sánchez, no se le suministró la información de la forma que ha determinado nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional, o al menos no obra como una verdad procesal, pues la única referencia que se tiene al respecto es lo narrado por el actor en interrogatorio de parte, donde advierte se afilió a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías porque le dijeron que podía pensionarse a la edad que quisiera sin enunciarle ningún requisito y, que no le fueron expuestas las características del régimen de ahorro individual, ni en lo favorable ni en lo desfavorable al momento de suscribir el formulario de afiliación.

Para definir lo anterior, se hace imperioso determinar a quién corresponde la carga de la prueba de la omisión total o parcial al deber de información al momento de la afiliación o traslado, y en dicho sentido la Sala acoge el precedente reiterado de la inversión de la carga de la prueba, con fundamento en las Sentencias SL 1.452 y SL 1.688 de 2019 donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, explicó, que en los procesos en los cuales se controvierte la eficacia del traslado entre regímenes pensionales, la demostración del consentimiento informado es el que tiene la virtud de generar la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez; “...si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó...”.

Según la Corporación mencionada, la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia “...en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un

supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento...”.

Conforme al criterio expuesto, lo afirmado en un formulario de traslado de régimen pensional acerca de la selección libre y voluntaria de régimen por parte de un afiliado, no puede calificarse como tal si éste no recibe información veraz, oportuna, clara, comprensible y completa sobre los alcances de dicha decisión, ni el traslado se convalida en fecha posterior con la simple firma de otro formato o con la sola presentación de un cálculo actuarial, considerando el cambio sensible que ese acto jurídico genera en el derecho pensional de los afiliados al sistema, y considerando que el acto del cual se estudia la ineficacia es el de traslado de régimen.

Además, el deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones no es un privilegio de quienes se benefician del Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (véase sentencias SL 19447 de 2017 y SL 1452 de 2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia), porque el ordenamiento constitucional y legal colombiano no hace esa distinción, a más que las razones expuestas por la Corte Suprema de Justicia tienen aplicabilidad tanto para beneficiarios como no del régimen de transición.

A juicio de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, “...no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición...” (sentencias SL 19.447 de 2017 y SL 1.452 y SL 1.688 de 2019), lo que significa que la firma del formulario no es suficiente para agotar el deber de información a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones que pretende captar un afiliado.

Esta Sala, acoge el planteamiento en la medida que se encuentran dados los presupuestos legales y jurisprudenciales para que proceda la declaratoria de ineficacia petitionada. Además, ninguna prueba en el plenario permite establecer que el traslado al régimen de ahorro individual por parte del asegurado a la Sociedad Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías se hubiese realizado bajo los parámetros de libertad informada y transparencia mínimos.

Precisa la Sala que las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia, conllevan que se impongan las restituciones, las cuales implican el traslado de la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con los rendimientos generados por éstos en el Fondo Privado, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, los cuales deben asumir la AFP con cargo a sus propios recursos, por los periodos durante los cuales la accionante permaneció afiliado a dicho Fondo Privado, a la administradora cuya afiliación es válida (Corte Constitucional, Sentencia C-1024 de 2004, y Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias SL4.964 de 2018, SL4.989 de 2018, SL1.421 de 2019 y SL1.688 de 2019).

En criterio de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la administradora debe devolver al sistema la totalidad de los valores que haya recibido en razón de la afiliación, "...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...". En tanto que "...al haber sido una 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..." (sentencia de 8 de septiembre de 2008, Radicado 31.989), postura esta que justifica la orden de devolución no solo de las cuotas de administración, sino además de las sumas que hayan sido

destinadas al pago de los seguros previsionales, así como se indica estos hayan sido entregados por la AFP a una aseguradora, evento en el cual debe ser asumido su reintegro por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones.

Es importante relieves como la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, en la sentencia SL2877-2020, radicación 78667 del 20 de julio, se refirió reciente y puntualmente al tema de las cuotas de administración, al siguiente tenor:

“...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 consecuencia, se confirmará en este aspecto la providencia.

En el sentido antes mencionado, esta Sala de Decisión, acoge la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en lo relacionado con los reintegros que tendrá que hacer la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con destino a Colpensiones una vez declarada la ineficacia, pues las equivalencias entre uno y otro régimen no tiene por qué asumirla un afiliado frente al cual se han realizado cotizaciones en la forma dispuesta por ley, y de modo alguno puede trasladársele el detrimento en sus cotizaciones bien sea por el transcurso del tiempo, ora por deducción por concepto de cuotas de administración, para el fondo de garantía de pensión mínima y/o seguros previsionales, los cuales por lo antes expuesto debe asumirla la administradora del RAIS con cargo a su propio patrimonio. Tampoco es procedente que sea el

administrador, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, quien asuma los deterioros por cualquier causa de las cotizaciones de los afiliados, pues la ineficacia se causa por la conducta de la AFP privada, dada la omisión del deber de información que le incumbe.

Sumado a lo anterior, y tal y como lo ordenó la *a quo*, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 2308, Radicado 81630 de 7 de julio, SL 2932, Radicado 71679 de 12 de agosto de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021 precisó que las Administradoras de Pensiones deben devolver a Colpensiones los conceptos objeto de restitución, debidamente indexados, por el periodo en que el asegurado permaneció afiliado a dichas AFP.

Al respecto en la sentencia SL 3709 de 2021, la Corporación mencionada refirió que *“...como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima...”*.

Razón por la cual se confirmará en este punto la providencia.

Así mismo, no se comparte por parte de esta Sala de Decisión la postura de Colpensiones cuando alega que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, porque la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha precisado que el efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos, lo que implica privar de todo efecto práctico el traslado, esto es, se entiende que el asegurado siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por la entidad cuya afiliación es válida. Que el restablecimiento debe

ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular, ello, teniendo en cuenta que 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 afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Lo cual 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 (sentencias SL 2877 de 29 de julio de 2020, Radicado 78.677 y SL 2914 de 22 de julio de 2020, Radicado 83.085).

En lo referente a las alegaciones ante esta instancia del mandatario judicial de Colpensiones, su argumento no tiene vocación de prosperidad para la Sala, toda vez que la prohibición de traslados prevista en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 se refiere a los casos cuando el afiliado acude a tal figura de modo voluntario y frente a un traslado con validez jurídica, lo cual no ocurre en el caso que nos ocupa, pues se trata de una declaratoria judicial de ineficacia.

PENSIÓN DE VEJEZ

El documento que reposa a folio 10 anexo 02 del cuaderno primera instancia informa que el demandante nació el 15 de octubre de 1959, tenía 34 años de edad el 1º de abril de 1994 cuando entró en vigencia en el sector privado el Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993, y no colmaba el requisito de los quince o más años de servicios cotizados, porque en dicha fecha solo tenía aportadas 486.3 semanas, equivalentes a 9.3 años, lo cual significa que no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la normatividad mencionada, y que por ende, no podía acceder a la pensión por vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por medio del Decreto 758 del mismo año.

Pese a lo expuesto, en este juicio es posible el reconocimiento de la pensión por vejez con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, exige para poder acceder a la prestación, en nuestro caso, 62 años o más de edad a los hombres, y un mínimo de 1.300 semanas cotización en el sistema pensional.

De la historia laboral del actor expedida por Colfondos S.A (folio 25 anexo 02), da cuenta que el demandante había cotizado hasta noviembre/2018 y durante toda su vida laboral 1.656.43 semanas, y cumplió los 62 años de edad el 15 de octubre de 2021 (cédula de ciudadanía folio 10 anexo 02).

En consecuencia y, tal como lo indico la *a quo*, le asiste derecho al demandante a percibir la pensión de vejez con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

DE LA LIQUIDACIÓN DE LA PRESTACIÓN

El 1° de abril de 1994, cuando entró en vigor en el sector privado el Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993, al asegurado le faltaban más de diez años para adquirir el derecho a la pensión por vejez. En consecuencia, el Ingreso Base de Liquidación de ésta debe integrarse en los términos del artículo 21 de dicha Ley, como lo han explicado la Corte Constitucional en la Sentencia T-1.225 de 5 de diciembre de 2008, y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las Sentencias de 1° de marzo de 2011, Radicado 40.552; 22 de enero de 2013, Radicado 37.246; y 17 de julio de 2013, Radicado 45.712, entre otras.

La norma aludida, en armonía con el artículo 46 del Decreto 692 de 1994, le brinda la posibilidad al afiliado de conformar el Ingreso Base de Liquidación de la pensión por vejez con el promedio de los salarios o rentas mensuales de los últimos diez años de cotización o a su equivalente en número de semanas sobre las cuales se cotizó efectivamente, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, o con el ingreso base de toda

la vida laboral cuando éste resulte superior, siempre y cuando haya cotizado como mínimo 1.250 semanas.

En consecuencia, el Ingreso Base de Liquidación de la pensión por vejez reconocida en este caso debe integrarse en los términos del artículo 21 de la Ley de 100 de 1993, o sea, con el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó el actor durante los diez años anteriores al reconocimiento de la prestación, o con el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo, porque el asegurado aportó un número superior a las 1.250 semanas, y aplicando la tasa de reemplazo prevista en el artículo 34 de la norma referida.

DE LA MESADA 13

El inciso 8° y el Parágrafo Transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005 prescriben que las personas cuyo derecho a la pensión se consolide a partir de la vigencia de dicho acto, no pueden recibir más de trece mesadas pensionales, excepto aquellas que perciban una pensión igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la prestación se causa antes del 31 de julio de 2011.

El Acto Legislativo aludido se expidió el 25 de julio de 2005 y el demandante arribó a los 62 años de edad el 15 de octubre de 2021. Por ende, tiene derecho al pago de trece mesadas como lo dispone la referida normatividad y no 14.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL

Conforme a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida se le aplican las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en dicha Ley.

Los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, contentivo del Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, prevén que la pensión

por vejez se reconoce a solicitud de parte interesada una vez colmados los requisitos mínimos para acceder a la prestación, pero se requiere la desafiliación del régimen para poder disfrutar de la misma.

Sobre el tema se ha pronunciado en diversas oportunidades la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y ha explicado que la causación y el disfrute de la pensión por vejez son dos figuras jurídicas distintas porque tienen identidad y efectos propios, pues la primera se da desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de semanas cotizadas, y la segunda, o sea, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, están supeditados a la desafiliación del régimen. También ha dicho la Corporación en mención, que de manera excepcional, cuando en un proceso no exista la prueba de la desafiliación al sistema, ésta puede inferirse de hechos tales como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de cotizaciones, el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas cotizadas, así como la solicitud de la prestación, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional (Sentencias de 1º de febrero de 2011, Radicado 38.776; SL 15091 de 2015; SL 5603 de 2016 y SL 5564 de 4 de diciembre de 2019, Radicado 72.652).

Es de referir, que en el expediente digital no existe prueba del retiro, bien expreso ora tácito del Sistema General de Pensiones, toda vez que ninguno de los documentos contentivos del mismo da fe cierta de la citada desvinculación, pues si bien refieren cotizaciones a corte de noviembre de 2018, la historia laboral expedida por Colfondos S.A, se generó el 26 de diciembre de 2018, es decir, concomitante la una a la otra, sin que a la fecha de emisión de la presente sentencia se hubiere presentado una historia laboral actualizada en la cual pueda determinarse una cesación en las cotizaciones del actor. Además, en el interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para entonces se encontraba vinculado laboralmente en una empresa de vigilancia.

Así entonces, para la Sala, no tiene certeza que hayan cesado las cotizaciones respectivas, requisito necesario para entrar a disfrutar de la prestación pensional de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del decreto 758 de 1990, aplicable al accionante por la integración normativa prevista en el artículo 231 del estatuto de seguridad social integral (Ley 100 de 1993).

Por lo anterior, si bien no se discute que el demandante reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros expuestos en esta providencia, la prestación se supedita en su disfrute a la fecha en que se acredite el retiro del Sistema General de Pensiones, la cual puede corresponder incluso de forma retroactiva, empero en esta instancia no es posible reconocer ni liquidar retroactivo pensional alguno.

En consecuencia, se condenará confirmará la orden emitida por la *a quo* relativa al reconocimiento de la pensión por vejez con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 con el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó el señor José Eduart Castrillón Sánchez durante los diez años anteriores al reconocimiento de la prestación, o con el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo y si resultará superior, aplicando la tasa de reemplazo prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993. La prestación deberá ser reconocida a partir de la fecha en que se acredite el retiro efectivo del Sistema General de Pensiones, sin que dicho reconocimiento pueda ser anterior a la fecha de cumplimiento de la edad mínima para obtener la pensión, esto es el 15 de octubre de 2021, y sin perjuicio de los aumentos legales futuros y del pago de la mesada adicional de diciembre correspondiente.

DE LA PRESCRIPCIÓN DE MESADAS

En lo que respecta a la prescripción, conforme a lo previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se hace exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador sobre el derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

El artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo consagra el mismo texto alusivo a la interrupción de la prescripción.

Según la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que esta Sala de Decisión comparte, el análisis consonante de los preceptos lleva a concluir que únicamente es posible interrumpir la prescripción una vez (Sentencia de 21 de febrero de 2012, Radicado 41.908 y SL 374 de 12 febrero de 2020, Radicado 67.868).

En el caso de autos para el actor no operó el fenómeno de la prescripción pues se encuentra afiliado a la Administradora Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y sólo en este juicio se declaró la ineficacia del traslado de régimen para efectos del reconocimiento pensional al amparo de la Ley 797 de 2003.

DE LOS APORTES EN SALUD

Conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud establecida en el Sistema General de Salud para los pensionados, está en su totalidad a cargo de éstos.

Acorde al criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que esta Sala de Decisión comparte, el descuento por salud constituye una condición esencial y necesaria al reconocimiento de la pensión, que opera por virtud de la Ley y se encuentra estrechamente relacionada con los principios que irradian el Sistema General de Seguridad Social, motivo por el cual el Juez al otorgar el derecho está facultado para autorizarla, porque el pagador de la entidad administradora es el llamado a hacerla efectiva y trasladarla a la EPS correspondiente. (Sentencias de 21 de junio de 2011, Radicado 48.003; 14 de febrero de 2012, Radicado 47.378; 6 de marzo de 2012, Radicado 47.528 y SL 1478 de 9 de mayo de 2018, Radicado 63.512)

En criterio de la Corporación mencionada, de no efectuarse tales descuentos, se desconocerían los principios orientadores de la prestación del servicio público

esencial de seguridad social consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en especial, los de universalidad y solidaridad, y los rectores del servicio público de la seguridad social en salud de que trata específicamente el Decreto 1920 de 1994. Adicionalmente, tal omisión podría comprometer los derechos de acceso a los servicios de alto costo que requieren un mínimo de semanas cotizadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, se adicionará la sentencia de primera instancia en este sentido y autorizará a Colpensiones para descontar del retroactivo pensional que eventualmente deba reconocer al accionante, las sumas que por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud esté en la obligación de trasladar a la EPS de preferencia del pensionado.

DE LAS COSTAS

Sin costas en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Así las cosas, se confirmará la providencia que se revisa en consulta.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA 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 proferida el veinticuatro (24) de junio del año dos mil veintidós (2022), por las razones expuestas y adicionarla respecto a autorizar a Colpensiones a que descuenta del retroactivo pensional que deba reconocer al accionante, las sumas que por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud esté en la obligación de trasladar a la EPS de preferencia del pensionado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Lo resuelto se notifica en **EDICTO**. Se ordena regresar el proceso al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Jaime Alberto Aristizábal Gómez

John Jairo Acosta Pérez

Francisco Arango Torres

Firmado Por:

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Francisco Arango Torres
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: 8555c8402d89d036107c7574cf834dc3b1c0f85786c8e40e8777482b54db7810

Documento generado en 14/11/2023 11:53:40 AM

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