

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

### AUDIENCIA DE TRÁMITE Y FALLO

El veintiséis (26) de julio de dos mil veintiuno (2021), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN se constituyó en audiencia, con el fin de resolver el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **MAGDA ESTELLA ACEVEDO GIRALDO**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-013-2018-00667-01**.

### AUTO

Se observa a folio 192, escrito mediante el cual, el ABOGADO ANDRÉS EDUARDO SALCEDO CAMACHO, invocando su calidad de representante legal de la firma de abogados ABACO ABOGADOS Y CONSULTORES S.A.S., presenta poder para actuar en este proceso en representación de COLPENSIONES y a su vez, sustituye el poder a la Dra. ESTEFANÍA GÓMEZ VÁSQUEZ.

Revisado el expediente, se halla copia de la escritura pública No. 3378 del 02 de septiembre de 2019, a través de la cual, COLPENSIONES, le confiere poder especial a la referida sociedad para actuar como apoderada judicial en procesos judiciales en su contra, fl. 193.

En atención a lo anterior, se le confiere personería para representar los intereses de la entidad a la firma de abogados ABACO ABOGADOS Y CONSULTORES S.A.S como apoderada principal y a la abogada ESTEFANÍA GÓMEZ VÁSQUEZ, portadora de la TP. 307.060 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

### **1. ANTECEDENTES**

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia y/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, con el reconocimiento por esta entidad de pensión de vejez, con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de las condenas.

**Como fundamentos fácticos de sus pretensiones**, relata la actora, que el 8 de julio de 1981 se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (en adelante ISS), hoy COLPENSIONES y que cotizó 168 semanas en dicho fondo hasta que se trasladó a PROTECCIÓN S.A., en marzo de 1999.

Afirma que su decisión de trasladarse estuvo motivada en engaños y falsa información dada por PROTECCIÓN S.A., diciéndole que corría el riesgo que el ISS entrara en quiebra y, por ende, en cesación de pago de las pensiones; le afirmaron que en PROTECCIÓN S.A. se podría pensionar a cualquier edad, pero no le explicaron sobre el bono pensional y sus implicaciones de pensionarse a una edad mínima.

Asevera que dicha AFP le aseguró que su mesada pensional iba a ser más alta en el RAIS que en el RPM, que en el 2008 recibió reasesoría por PROTECCIÓN S.A. y no se le entregó proyección comparativa de pensión para entender que régimen le convenía más.

Aduce que en julio de 2018 solicitó información a PROTECCIÓN S.A., con la finalidad de conocer en qué estado se encontraba su situación pensional, a lo cual, dicha AFP expidió proyección comparativa indicando que al cumplir 57 años le correspondería una posible garantía de pensión mínima y que en la misma proyección le consignaron que en el RPM su mesada sería más alta.

Finalmente expresa que ha cotizado a 2018 un total de 1.320 semanas en toda su vida laboral y que el 10 de agosto del mismo año, elevó solicitud a COLPENSIONES de solicitud de ineficacia y/o nulidad del traslado respondiéndole ésta que no era posible por cuanto se había hecho en ejercicio de la libre elección.

## 2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y condenando en consecuencia a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de la cuenta individual de la demandante, incluyendo cotizaciones, cuotas de administración vigentes a partir del 1 de mayo de 1999, con sus respectivos rendimientos como si hubiere permanecido en el régimen de prima media, incluyendo además primas de seguros pensionales y los porcentajes con dirección al fondo de garantía de pensión mínima y, a COLPENSIONES, a recibir dichos dineros y a reactivar la afiliación de la demandante en el RPM.

También condenó a COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la actora, al considerar que la demandante, cumple los requisitos mínimos para acceder a ella, esto es, edad y semanas cotizadas, por lo que reconoce la misma desde el 21 de febrero de 2018, sumas que deben ser, debidamente indexadas, en aplicación del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Finalmente condenó en costas procesales a PROTECCIÓN S.A. por haber resultado vencida en el juicio.

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

Luego, señaló que en el proceso no se probó por PROTECCIÓN que, al momento de la afiliación de la demandante, haya cumplido con el deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba la suscripción del formulario de afiliación, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción al considerar que, la validez del traslado de régimen se trata de un derecho íntimamente ligado a la pensión, mismo que es un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible.

### **3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de la demandante presenta recurso de apelación, solicitando se reconozcan los intereses moratorios, toda vez que considera, que al haber solicitado su pensión de vejez, de tener acreditados los requisitos, y no concederse el mismo, tiene derecho a los intereses pues no es quien debe soportar dicho perjuicio.

La apoderada de COLPENSIONES presenta recurso de apelación únicamente respecto al reconocimiento del retroactivo pensional; considera en ningún momento se generó demora por parte de su representada, que esta actuó conforme a la normatividad vigente y que la demandante no uso las herramientas que tenía a su disposición en el momento oportuno para obtener la asesoría que considerara necesaria.

### **4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA**

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. presentaron oportunamente alegatos.

#### **ALEGATOS DE COLPENSIONES** (folio 149 y SS)

COLPENSIONES argumenta en los alegatos que, para el momento de la solicitud de traslado, la demandante se encontraba dentro de la prohibición legal establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 el cual fue modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003,

Por lo tanto, la demandante tuvo la oportunidad de trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta antes de arribar a sus 47 años de edad, teniendo en cuenta que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que regula los requisitos para acceder a la pensión de vejez, estableció que a partir del 1º de enero del 2014 la edad mínima para pensionarse en el caso de las mujeres sería de 57 años de edad, y es por esta razón que administrativamente la Entidad no puede aceptar el regreso inmediato de la demandante al régimen público, esto es, en consideración a los términos establecidos en el art 13 de la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones, ya que al ser Colpensiones una Entidad pública se encuentra sometida al imperio de la ley y no puede desconocer la normatividad que cobija este tipo de procesos.

Ahora, en consideración a lo antes dicho, y teniendo en cuenta que para la fecha del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, la señora

demandante se encontraba válidamente afiliada a la AFP PROTECCIÓN, y solamente surgirían obligaciones a cargo de Colpensiones una vez la jurisdicción ordinaria en cabeza de los jueces laborales ordenaran el traslado de régimen, por lo anterior no es viable el reconocimiento del retroactivo pensional teniendo en cuenta que para el momento del cumplimiento de los requisitos la señora demandante no era afiliada a Colpensiones, Maxime cuando en materia de traslados, según lo ha indicado por la Corte Constitucional en sentencia SU-062 de 2010 nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, situación particular que 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 otro lado, en el eventual caso que sea confirmada la condena respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, solicito a los Honorables Magistrado del Tribunal Superior de Medellín Sala Laboral, confirmar la decisión respecto de los intereses moratorios, toda vez que como se ha expresado la entidad que represento no ha incurrido en mora, pues para la fecha de solicitud del reconocimiento de la pensión de vejez, la demandante no se encontraba afiliada a Colpensiones y en cumplimiento de las normas antes citadas, no era viable acceder a su afiliación, por cuanto correspondía a la jurisdicción ordinaria en cabeza de los jueces laborales, declarar la ineficacia de la afiliación y ordenar su afiliación a Colpensiones.

#### **ALEGATOS DE PROTECCIÓN S.A. (folio 199 y ss)**

PROTECCIÓN S.A. argumenta en los alegatos que, solicita se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada de trasladar a COLPENSIONES el valor de la comisión de administración y las sumas adicionales de la aseguradora, para que solo sea ordenado el traslado de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, teniendo en cuenta los siguientes argumentos

“Con el debido respeto señores magistrados presento alegatos de conclusión en lo referente a la apelación parcial interpuesta por mi representada en el momento procesal correspondiente, queriendo llamar la atención del Honorable Tribunal en lo concerniente a que no procede en este caso concreto la devolución de la comisión de administración y lo descontado para las primas del seguro previsional, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

1. La comisión de administración y la prima del seguro previsional son descuentos autorizados en la Ley (L 100 de 1993 art. 20 modificado por el art. 7 Ley 797 de 2003) que faculta o autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones.
2. El mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima del seguro previsional, y opera en ambos regímenes, tanto en el RAIS como en el RPM.
3. Obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, donde se demuestra que sus aportes tuvieron ganancias, lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados por mi representada.
4. Con la condena de primera instancia que ordena a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que mi representada tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a Colpensiones.
5. El artículo 1746 del Código Civil dispone cuáles son los efectos de la declaratoria de nulidad “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; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. 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 voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”.

En este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se producirían las siguientes consecuencias:

- ✓ El contrato de afiliación nunca existió.
- ✓ PROTECCION no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual.
- ✓ Los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron.
- ✓ No existió el cobro de una comisión de administración.”

Sin embargo, el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió el contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, así las cosas producto de la buena gestión de la AFP la cuenta de ahorro individual obtuvo rendimientos y por eso tiene derecho mi representada a conservar la comisión de administración si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la parte demandante.

6. Lo mencionado nos permite hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, se llegaría a la conclusión que si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco nunca debieron haber existido rendimientos en la cuenta de ahorro individual, y de hecho dichos rendimientos siempre se le trasladan a Colpensiones como consecuencia de la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia de la afiliación.

La teoría de las prestaciones acaecidas fue puesta de presente por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la Sentencia con Radicado No. 31989 del nueve (9) de septiembre de dos mil ocho (2008), Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, cuando manifestó que “Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho

privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”.

7. El Decreto 2555 de 2010 señala que el manejo de los recursos administrados por las AFP es vigilado por la Superintendencia financiera de Colombia, por lo que es preciso poner de presente que esta entidad en concepto del 17 de enero de 2020, indicó que cuando se declara judicialmente la nulidad y/o ineficacia de la afiliación debe darse aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, que establece que cuando se da un traslado de régimen se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración desarrollada por la administradora que genera los rendimientos que se trasladan a la administradora de destino. En igual sentido, la Superintendencia Financiera de Colombia considera que tampoco debe trasladarse la prima del seguro previsional, en atención a que dicho porcentaje ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.
8. Frente a la prima del seguro previsional se debe manifestar que ésta ya fue girada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez dicha compañía pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, Inclusive, la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación de la parte demandante y mi representada está imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela a Colpensiones, toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el contrato suscrito entre la parte demandante y PROTECCIÓN.
9. La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, se ha pronunciado frente a los terceros de buena fe, cuando se declara la nulidad del negocio jurídico de la siguiente manera:

«De todo ello se sigue que en virtud del negocio simulado pueden llegar a constituirse legítimos intereses en el mantenimiento de la situación aparente



por parte de los terceros de buena fe. “...los terceros que no se pueden ver perjudicados por la nulidad del negocio simulado –refiere la doctrina contemporánea– son los terceros de buena fe, los que obran en base a la confianza que suscita un derecho aparente; los que no pudieron advertir un error no reconocible; los que ‘obrando con cuidado y previsión’ se atuvieron a lo que ‘entendieron o pudieron entender’, vale decir, a los términos que se desprenden de la declaración y no a los que permanecen guardados en la conciencia de los celebrantes”.

- 10..Así mismo, vale la pena resaltar el contenido de la Sentencia SL2324 del 19 de marzo de 2019, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, MP: Dra. Ana María Muñoz Segura, donde luego de accederse a la ineficacia del traslado solicitada por un afiliado y ordenarse la devolución de los aportes de un fondo privado a Colpensiones, se refirió al rol de los terceros de buena fe dentro de ese tipo de procesos, considerando para el efecto, que i) las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a terceros; ii) la devolución de aportes no supone una retroactividad plena y en ese sentido deben mantenerse todas las situaciones consolidadas y que se presumieron de buena fe.
- 11.Se debe tener presente que en caso de confirmar la condena a mi representada a asumir con su propio patrimonio los valores de los descuentos permitidos por mandato legal para la comisión de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, se estaría en presencia de una condena en perjuicios contra el patrimonio de PROTECCIÓN, la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta, y en el presente proceso no fue materia de prueba ni quedó demostrado la causación de los mismos, toda vez que la inversión de la carga de la prueba opera es frente a la pretensión de ineficacia de la afiliación y no frente al tema de los perjuicios, los cuales no fueron demostrados por la parte demandante.
12. Es de resaltar que frente al cobro del 3% destinado para comisión de administración y para financiar las primas del seguro previsional opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación económica por vejez, por lo que son conceptos que Si prescriben de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del C. S. T, en armonía con el artículo 151 del C.P.L., que establecen que el transcurso del tiempo, de tres

(3) años, hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado, la que debe afectar todas y cada una de las reclamaciones formuladas.

## **5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER.**

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al régimen pensional de ahorro Individual con solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones, se debe realizar, el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante. De ser procedente la ineficacia, se establecerá la procedencia de la condena a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a la actora, en los términos señalados en la sentencia de primer grado.

Tramitado el proceso en legal forma, y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la apelación y la consulta de la sentencia de primera instancia, conforme a lo dispuesto en los Arts. 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

## **6. CONSIDERACIONES:**

De conformidad con lo dispuesto en el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación, se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado 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.

Es así como, en el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, como se acredita con el reporte de semanas cotizadas de folio 81 del plenario, posteriormente se vincula a PROTECCIÓN S.A., el día 01 de mayo de 1999, conforme se anota en el formulario de afiliación a dicha AFP. (fl. 125)

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 o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1999 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 que dependería su monto.**

Sobre el deber de información antes citado, se atiene la Sala a las pruebas documentales, toda vez que, PROTECCIÓN S.A., desiste del interrogatorio de parte a la demandante, ello conforme al minuto 28:06 de la grabación que reposa a folio 164 del plenario, por lo que, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado.

Por lo anterior y según lo aportado y probado en el proceso, no se advierte que a la demandante se le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su traslado al RAIS, puesto que hay otros aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son: la explicación clara de las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, la distribución de los aportes en el RAIS, la forma de redención del bono pensional, las diferentes modalidades pensionales entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

En conclusión, la demandada PROTECCIÓN S.A. no le brindó, o por lo menos, no probó en este proceso, haberle brindado a la actora la debida asesoría para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional en el año 1999 que se produjo el citado traslado.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por la demandada COLPENSIONES al dar respuesta a la demanda, 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 SCL de

la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019 con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Ahora, respecto de la afirmación en los alegatos de COLPENSIONES, sobre la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende la actora, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

Así las cosas, resulta forzoso confirmar la sentencia consultada en cuanto declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS.

Ahora, referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES por parte la AFP PROTECCIÓN S.A., encuentra la Sala que la orden impartida por la *a quo*, de trasladar a Colpensiones el valor de la cuenta individual de la demandante, incluyendo cotizaciones, cuotas de administración vigentes a partir del 1 de mayo de 1999, con sus respectivos rendimientos como si hubiere permanecido en el RPM, incluyendo además primas de seguros pensionales y los porcentajes con dirección al fondo de garantía de pensión mínima, es acertada, y por ello también se confirmará, por cuanto para esta sala, debe devolverse el 100% de la cotización, con sus rendimientos y 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.

Así lo dispone el art. 1746 del C.C., según el cual, *“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, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019* y *CSJSL 1688-2019*, 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.*

*“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”*

## **DE LA CONDENA AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A CARGO DE COLPENSIONES:**

Primeramente advierte la Sala que a pesar que la demandante no ha acreditado en este proceso haberle petitionado a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión, lo que en principio conduciría a falta de competencia para decidir sobre esta prestación por falta de su reclamación que dispone el Art. 6 del CPTSS, no podemos perder de vista que la Corte suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha explicado que la falta de agotamiento de la reclamación administrativa previa para demandar ante la jurisdicción ordinaria laboral, es un falencia que queda saneada si la parte interesada no la alegó en su oportunidad como excepción previa, por lo cual es procedente estudiar de fondo sobre el derecho a la pensión.

Al respecto la citada Corte ha indicad lo siguiente:

***“La omisión del agotamiento de la vía gubernativa no genera nulidad cuando no se alega oportunamente.*** *"Nada justifica que luego de un proceso contra una entidad oficial, donde ésta ha sido convocada oportunamente a través de la notificación de rigor y por ende ha tenido todas las oportunidades para ejercer cabalmente su derecho de defensa, se declare la nulidad de todo lo actuado ad portas de la emisión del fallo llamado a resolver de fondo el litigio iniciado, aduciendo como argumento que no se cumplió el procedimiento gubernativo tantas veces mencionado, cuando la parte demandada contando con el mecanismo procesal idóneo para remediar ese defecto, como son las excepciones previas pertinentes, ya señaladas en el curso de esta providencia, no hizo uso del mismo; mucho menos sentido tiene que se plantee una decisión de esta naturaleza en la segunda instancia o a través del recurso extraordinario de casación. Un pronunciamiento de esta índole reñiría frontalmente con los*

*principios de economía procesal, de saneamiento de las nulidades por incompetencia y de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, instituciones estas que constituyen soporte esencial para los propósitos del derecho procesal laboral: hacer efectiva la concepción social y tutelar del derecho laboral sustancial.*

*(...).*

*De otro lado, como el fin último del agotamiento de la vía gubernativa es que la administración pública tenga la oportunidad de decidir de manera directa y autónoma si resulta procedente o no el reconocimiento de los derechos reclamados por el peticionario y de esta forma enmendar cualquier error que hubiera podido cometer sobre el particular, precaviendo a través del instrumento de la autocomposición un eventual pleito judicial, choca contra la lógica de lo razonable que habiendo tenido aquella oportunidad de llevar a cabo ese cometido durante todo el curso del proceso, aun cuando ningún interés haya demostrado en este sentido, quizás porque no encuentra viable lo solicitado, la consecuencia o el efecto inmediato del incumplimiento de la exigencia del artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral sea la nulidad de todo lo actuado. Ello resulta sumamente inconveniente, no sólo para las partes, sino para la propia administración de justicia, toda vez que luego de todo un derroche de jurisdicción, tiempo y gastos no se logró resolver de manera rápida y eficaz el conflicto. (CSJ, Cas. Laboral, Sent. oct. 13/99, Exp. 12.221. M.P. Germán G. Valdés Sánchez).*

De esta manera, en cuanto a la condena al reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, que se revisa en esta instancia en CONSULTA en favor de esta entidad, debe señalarse primeramente que habiéndose declarado la ineficacia del traslado de la accionante al RAIS, el derecho que tenga la actora a la prestación de vejez, debe analizarse con los requisitos legales del sistema general de pensiones, consagrados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la ley 797 de 2003, por no ser la demandante beneficiaria de la transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993. Aquella norma legal exige como requisitos para obtener la citada prestación, 57 años de edad en el caso de los mujeres y 1300 semanas cotizadas.

En este caso, la señora ACEVEDO GIRALDO al haber nacido el 19 de febrero de 1961, como se prueba con la copia de su registro civil de nacimiento, que milita a folio 30, cumplió 57 años de edad el mismo día y mes del año 2018, fecha para la cual contaba con un total de **1.317,43 semanas cotizadas**, que resultan suficientes para acreditar el derecho a la pensión de vejez deprecada, apreciando además que su último aporte al sistema pensional fue efectuando el 20 de febrero de 2018 en PROTECCIÓN S.A.

De esta manera, en cuanto a la partida inicial del disfrute de la prestación, aspecto que fue apelado por COLPENSIONES, resalta la Sala que la Ley 100 de 1993, consagra en el inciso 2º del artículo 31, que al Régimen de Prima Media con

Prestación Definida le “*Serán aplicables 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 la citada ley.*”, de tal manera que como el derecho pensional de la actora le es reconocido conforme al régimen de prima media con prestación definida, por ello le son aplicables las disposiciones vigentes para los seguros de IVM a cargo del ISS, en lo que concierne a la causación y disfrute de la pensión, pues la citada Ley 100, no trajo disposición que regulara o modificara este aspecto y es de esta manera que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, 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,”* (subrayado agregado)

Respecto de la desafiliación del sistema pensional, la SCL de la H. Corte Suprema de Justicia, ha precisado que ella en principio se materializa reportado positivamente la novedad del retiro pensional, por el empleador, pero que no es esta la única forma de dar a conocer la intención de desafiliación para entrar a disfrutar de la citada prestación, pues ella se puede deducir de varios hechos, como lo son, cesar en el pago de los aportes pensionales cuando ya se ha cumplido los requisitos legales para obtener la pensión y petitionar el reconociendo de la misma, como lo ha sostenido la SCL de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencias la de radicación 47.236 del 6 de abril de 2016.

De otra parte, respecto de lo anotado por COLPENSIONES en los alegatos que, el retroactivo pensional, no sería procedente, toda vez que Colpensiones no fue quien indujo en error a la demandante para trasladarse de régimen pensional, ya que no fue quien omitió el deber de información, y que adicionalmente la entidad no cuenta con el capital que sería trasladado por el fondo, tampoco le asiste razón a esta entidad, pues el derecho al disfrute de la pensión de vejez nace desde que se cumplen los requisitos legales para obtenerla cuando ya se ha cesado en la realización de las cotizaciones.

En el caso de la demandante, en el reporte de semanas cotizadas que obra a folios 130 a 140 del expediente **no se reporta la novedad** de retiro del sistema pensional, sin embargo, sólo registra cotizaciones hasta el **20 de febrero de 2018**, por lo que al haber alcanzado la edad de pensión el **19 de febrero de 2018**, en principio le asiste derecho al disfrute de la pensión de vejez a partir del día siguiente a la última



semana cotizadas, esto es, **21 de febrero de 2018**, por lo tanto en este punto se CONFIRMA la decisión del juez de primera instancia, aunque de manera condicionada como más adelante se indicará. En lo concerniente al monto de la pensión, la prestación se liquidó con los últimos 10 años de cotizaciones, por cuanto resultaba más favorable para la accionante, tal y como lo indicó la *a quo*, estando correcta su liquidación.

A pesar de lo anterior, efectuados los cálculos por esta sala del retroactivo pensional liquidado entre el 21 de febrero 2018 y el 31 de agosto de 2019 inclusive, arroja la suma de **\$21'251.927**, conforme el cuadro que enseguida se ilustra, por lo que en este sentido, se MODIFICARÁ la sentencia consultada en favor de COLPENSIONES, pues la *a quo* liquidó tal retroactivo en la suma de \$21.288.484

Año	IPC	# mesadas	Valor pensión	Total Retroactivo
2018	3,18%	11 mesadas y 10 días	\$ 1.084.961	\$ 12.296.225
2019	3,80%	8 mesadas	\$ 1.119.463	\$ 8.955.702
2020	1,61%		\$ 1.162.002	\$ 0
2021			\$ 1.180.711	\$ 0
			TOTAL	\$ 21.251.927

No obstante lo anotado en precedencia, la Sala no puede pasar por alto que la historia laboral aportada al expediente, es reciente a la fecha de presentación de la demanda, sin que sea posible concluir con certeza si con posterioridad a febrero de 2018 que se toma como última cotización para liquidar la pensión, la demandante continuó cotizando o no al sistema pensional o si ha reportado la novedad de retiro.

Como consecuencia de lo anterior, la fecha de disfrute de la pensión y su liquidación de la forma decidida por la *a quo*, se deja condicionada a que la actora no haya continuado cotizando al sistema pensional, con posterioridad a febrero de 2018, pues en el evento que hay continuado cotizando la pensión será reconocida con disfrute a partir del día siguiente a la última semana cotizada o de la novedad de retiro y liquidada por COLPENSIONES teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada.

**DE LA APELACIÓN DE LA DEMANDANTE:**

En cuanto a la solicitud de intereses moratorios apelados por la parte actora, estima la Sala que estos resultan improcedentes, pues en primer lugar la actora no le ha peticionado el reconocimiento de la pensión a COLPENSIONES y por ello no es

predicable mora en su otorgamiento y en segundo lugar el reconocimiento de la prestación ha sido consecuencia del presente proceso judicial ante la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, lo que no es que atribuible a COLPENSIONES, por lo que la apelación de la parte demandante no tiene vocación de prosperidad y por ello la sentencia será confirmada en cuanto negó los referidos intereses.

Respecto de la indexación ordenada por la operadora de instancia, considera la Sala que ella es procedente por razones de justicia y equidad, por cuanto con esta lo que se pretende es actualizar la depreciación monetaria causada por el retardado o inoportuno pago de las mesadas pensionales, lo que es justo en una economía inflacionaria como la nuestra, por lo que se confirmara la decisión de la *a quo* de ordenar la indexación.

En lo concerniente a la excepción de prescripción formulada por la demandada COLPENSIONES, frente a todas las pretensiones de la demanda, ha de señalarse que para esta Sala, la figura jurídica de la prescripción de la acción para reclamar sobre cualquier acto que tenga que ver con el reconocimiento de pensión mientras ella esté en formación, no tiene cabida como lo ha precisada la SCL de la H. Corte Suprema de Justicia, al analizar la prescripción de la acción para demandar el derecho a la pensión o al pago de las cotizaciones o cualquier otra situación que permita acceder al derecho a la citada prestación, por ser un derecho fundamental, lo que impide que el derecho mismo a accionar prescriba, sino solo las mesadas pensionales no reclamadas en tiempo y por ello tal excepción no puede prosperar, toda vez que la pensión de la demandante se haría exigible desde el año de 2018 mismo en el que se presentó la demanda (folio 22), esto es, antes que se venciera el plazo de los 3 años que establecen los Art. 488 del CST y 151 del CPTSS.

En razón a las consideraciones de hecho y derecho expuestas en precedencia, la sentencia consultada será CONFIRMADA, MODIFICADA y ADICIONADA en los términos anteriormente explicados.

Sin costas en esta instancia, por no haber prosperado ninguno de los recursos de apelación.

## 7. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 27 de agosto de 2019 proferida por el JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MAGDA ESTELLA ACEVEDO GIRALDO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y le otorgó la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES.

**SEGUNDO: DECLARAR** que en el evento que la demandante haya continuado cotizando al sistema pensional, con posterioridad a febrero de 2018, la pensión será reconocida por COLPENSIONES con disfrute a partir del día siguiente a la última semana cotizada o de la novedad de retiro y liquidada teniendo en cuenta los últimos diez años de cotización, tomando hasta la última semana cotizada, aplicando el monto que establece el Art. 34 de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones del Art. 10 de la Ley 797 de 2003.

En el evento que la actora no haya continuado cotizando al sistema pensional con posterioridad al mes de febrero de 2018, se le pague la pensión en la forma indicada en la sentencia de primera instancia con la MODIFICACIÓN, en cuanto al valor del retroactivo pensional liquidado entre el 21 de febrero 2018 y el 31 de agosto de 2019, el cual asciende a **\$21'251.927**.

En lo demás se CONFIRMA la sentencia de primera instancia.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes en ESTADOS.

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,

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL  
SUPERIOR DE MEDELLÍN – SALA LABORAL -  
HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por  
estados N ° **130** del **27 DE JULIO DE 2021**.

**consultable aquí:**

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>

**Firmado Por:**

**FRANCISCO ARANGO TORRES**

**MAGISTRADO**

**TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA**

**JAIME ALBERTO ARISTIZABAL GOMEZ**

**MAGISTRADO**

**TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA**

**JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ**

**MAGISTRADO**

**TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD 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: **b7422fe59e6d209440bd871cf5ddd7f605411b03a1537f6ab3e2464b0b06be3d**

Documento generado en 26/07/2021 02:50:32 PM