



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Decisión No. 139

Medellín, diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022).

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, procede a proferir el fallo dentro de este proceso ordinario promovido por **NUBIA STELLA BOHÓRQUEZ GUTIÉRREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

A continuación, la Sala, previa deliberación del asunto, según consta en el Acta No. 037 de discusión de proyectos, adoptado por los integrantes de la sala, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE y JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES, quien actúa como magistrado sustanciador, se procede a proferir la decisión de segunda instancia en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

1.1 DE LOS HECHOS

Expone la demandante que nació el 05 de agosto de 1.959; que inició su vida laboral en mayo de 1.984, afiliándola en pensión en la Caja de Previsión Social de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia; que posteriormente se afilió al Seguro Social, en febrero de 1.990; ante el auge de los fondos privados y con una asesoría escueta, se trasladó al RAIS administrado por Protección S.A., en el mes de abril de 1995; que posteriormente solicitó ante el fondo privado una simulación pensional entre otros documentos,

dándole respuesta el fondo privado, indicándole su mesada a los 57 años sería de \$1'366.100 de continuar en el RAIS y en el RPMPD a la misma edad sería de \$1'971.461, acto seguido le entrego alguno de los documentos solicitados; así que al no encontrarse satisfecha con la proyección pensional, solicitó la nulidad de su traslado ante Protección S.A. y Colpensiones, dando respuesta esta última entidad, indicándole que no aceptaba el requerimiento por faltarle menos de 10 años para pensionarse, quedando agotada la vía gubernativa.

1.2 DE LAS PRETENSIONES

Con base en los hechos expuestos solicita la demandante se declare la nulidad del traslado al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., por falta de deber de información profesional y del buen consejo, existiendo un vicio del consentimiento denominado error; que se declare que siempre ha estado vinculada y afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES. Que se condene a PROTECCIÓN S.A. trasladar la totalidad de los aportes con todos los rendimientos financieros, incluyendo porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; que se condene a COLPENSIONES a recibir todos los valores trasladado por PROTECCIÓN S.A., lo que resulte probado ultra y extra petita, y costas procesales.

1.3 DE LA RESPUESTA

COLPENSIONES presentó oposición a lo pedido y para su defensa propuso las excepciones de: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, BUENA FE, INNOMINADA.

Por su parte la abogada de PROTECCIÓN S.A. presentó oposición a lo pedido y formuló las excepciones de: INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN ALGUNA DE MI REPRESENTADA, LOS ASESORES SE ENCUENTRAN DEBIDAMENTE CAPACITADOS PARA BRINDAR LA DEBIDA ASESORÍA A SUS AFILIADOS Y FUTUROS CLIENTES, NUESTRAS POLÍTICAS BUSCAN BRINDAR UN ACOMPAÑAMIENTO CONSTANTE Y PERSONALIZADO DE LOS AFILIADOS, NO INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA, NO EXISTIÓ NINGÚN VICIO EN EL CONSENTIMIENTO AL FIRMAR SU AFILIACIÓN, LA PARTE DEMANDANTE INCUMPLIÓ SU DEBER DE INFORMARSE, LA AFP

PROTECCIÓN S.A. NO ES POSEEDORA DE LOS DINEROS QUE SE ENCUENTRAN EN LAS CUENTAS DE AHORRO INDIVIDUALES QUE ADMINISTRA, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN LEGAL DE REALIZAR CÁLCULOS COMPARATIVOS Y DE GUARDAR DICHOS DOCUMENTOS, EL CÁLCULO COMPARATIVO DE LA MESADA, DEBE REALIZARSE CON LOS SALARIOS DEVENGADOS POR LA PARTE DEMANDANTE AL MOMENTO DEL TRASLADO ACTUALIZADOS CON EL IPC, INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA SENTENCIA 46292 DE 2014 - LA PARTE DEMANDANTE NO ES BENEFICIARIO DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, SANEAMIENTO DE LA NULIDAD RELATIVA O RECISIÓN DE LA ACCIÓN ALEGADA POR LA PARTE DEMANDANTE ADUCIENDO QUE FUE INDUCIDA A UN ERROR, NO PUEDE PREDICARSE QUE HUBO UN ENGAÑO CUANDO NO SE CUMPLEN LAS EXPECTATIVAS DE LA PARTE DEMANDANTE EN LA PROYECCIÓN DEL VALOR DE LA MESADA PENSIONAL EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, EL ERROR DE DERECHO NO VICIA EL CONSENTIMIENTO, NO PUEDE ENDILGARSE A MI REPRESENTADA QUE ENGAÑÓ A LA PARTE ACTORA CUANDO HAY CAMBIOS NORMATIVOS EN LA FINANCIACIÓN DE LA PENSIÓN CON POSTERIORIDAD A LA AFILIACIÓN AL FONDO DE PENSIONES QUE REPRESENTO, LA EDAD Y LAS SEMANAS COTIZADAS AL RPM POR LA PARTE DEMANDANTE AL MOMENTO DE SU TRASLADO NO ERAN SUFICIENTES PARA PODER DETERMINAR SI LE CONVENÍA MÁS EL RPM O EL RAIS. PRESCRIPCIÓN, PAGO Y COMPENSACIÓN, BUENA FE, GENÉRICA.

1.4 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, el 6 de agosto de 2020, DECLARÓ que la AFP PROTECCIÓN S.A. faltó a la obligación de dar información clara, veraz y oportuna al momento del traslado y durante el tiempo que estuvo afiliada, que la falta de información causó a la señora NUBIA STELLA BOHÓRQUEZ GUTIÉRREZ daño o menoscabo en su acceso real y oportuno a la seguridad social en pensiones, DECLARÓ la responsabilidad de la AFP PROTECCIÓN S.A.; DECLARÓ que la demandante continua inmersa en el régimen de prima media, que COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto de traslado; ORDENÓ a la AFP PROTECCIÓN S.A. que dentro del mes siguiente a la sentencia y previa solicitud por escrito donde se acredite el retiro de se le reconozca, liquide y

pague pensión de vejez de acuerdo a los parámetro del RPMPD. ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A., qué dentro del mes siguiente al reconocimiento de la prestación, solicite por escrito a COLPENSIONES liquidar el cálculo de la pensión con miras de subrogación a favor de la demandante, COLPENSIONES dentro de los 2 meses a la solicitud de subrogación pensional debe emitir cálculo actuarial. Autorizó a PROTECCIÓN S.A. para que dentro del mes siguiente efectúe el pago de dicho título pensional. ORDENÓ a Colpensiones a reconocer la pensión una vez se verifique el pago. Costas a cargo de la accionada privada.

1.5 IMPUGNACIÓN

Interpuso recurso de apelación la apoderada de PROTECCIÓN S.A. solicitando que sea revocada la sentencia en su totalidad, argumentando que en el presente caso no puede hablarse de una responsabilidad y perjuicios a cargo de su representada, en tanto no fueron alegados por la demandante y por tanto la condena resulta incongruente con las pretensiones de la demanda, violando el derecho de defensa de su representada al imponer condenas sobre las que no puedo ejercer dicho derecho, tales como asumir cargas pensionales; máxime cuando de declararse una ineficacia la consecuencia es que las cosas retornen a su estado inicial y por tanto la demandante se considera válidamente afiliada a COLPENSIONES siendo esta quien debe asumir la carga pensional. Manifiesta que igualmente atenta contra el debido proceso la imposición del pago de una pensión, bajo los parámetros del régimen de prima media en tanto no existe disposición legal que regule esta figura y no se encuentra dentro de lo pretendido siendo entonces ilógica la imposición de dicha condena.

Concluyó que la conmutación pensional es una figura que opera para asumir pasivos pensionales cuando no se realizaron o se prevé que no puede realizarse por factores de índole económico, es decir, la norma es taxativa al señalar cuando opera esta figura, por lo que es incongruente aplicarla en el caso en estudio, por lo que solicita se revoque la sentencia en su totalidad y se absuelva a su representada de las condenas impuestas.

De otro lado, inconforme con la decisión interpuso el recurso de alzada la abogada de COLPENSIONES solicitando sea revocada la sentencia

exponiendo que se debe tenerse presente que el traslado se llevó a cabo en el año 1.995, estando afiliada por un periodo superior a los 15 años, de lo que se puede deducir que la afiliada estaba cómoda en el RAIS y era su voluntad estar en este régimen.

Finalizo señalando que con este tipo de decisiones se desconoce el principio de la sostenibilidad financiera del artículo 41 de la Constitución Política, poniendo en peligro la estabilidad del sistema, no existiendo una vulneración a los derechos a la seguridad social en la medida que puede acceder a la pensión en el RAIS, no siendo la diferencia económica entre las mesadas argumento único y suficiente para acceder indiscriminadamente a una pretensión de declaración de ineficacia, por lo que solicita sea revocada la sentencia y no se acceda a las pretensiones de la demanda.

1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término oportuno aportó alegatos el apoderado de la parte demandante solicitando se confirme la sentencia de primera instancia, para lo cual argumento que existe jurisprudencia que respalda la decisión tomada, igualmente solicita que se condene en costas en esta instancia a las entidades demandadas.

También anexaron alegatos los apoderados de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, reiterando los argumentos expuestos en la sustentación de sus recursos de alzada.

2. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., advirtiéndole que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el estudio del fallo recurrido se limitará a los puntos de inconformidad, así mismo, se hará un estudio de manera general por el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar, si procede la declaratoria de ineficacia de la vinculación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de ello, la reactivación en el régimen de prima media con prestación definida, definiéndose en caso afirmativo, lo relativo al traslado de saldos, o si por el contrario razón le asiste al juez de instancia en la decisión adoptada, esto es conceder la pensión a cargo de la AFP con subrogación en COLPENSIONES luego de cancelarse el cálculo actuarial.

2.2. HECHOS PROBADOS

Que la señora Nubia Stella Bohórquez Gutiérrez nació el 05 de agosto de 1959, como se colige de la fotocopia de la cédula de ciudadanía que reposa en el archivo (03ExpedienteDigitalizado– fls. 28); que se afilió al Régimen de Prima Media con prestación definida a través del ISS a partir del febrero de 1.990, permaneciendo en este fondo hasta abril de 1995, como se aprecia en las historias laborales insertas (03ExpedienteDigitalizado– fls. 29 a 34, 177 a 179, 192 a 201); que el 18 de abril de 1995 suscribió formulario de afiliación en PROTECCIÓN S.A., fondo en que se encuentra afiliada en la actualidad (03ExpedienteDigital– fls. 56, 192 a 201); que el 26 de septiembre de 2016, presentó derecho de petición ante PROTECCIÓN S.A. solicitando información sobre la asesoría brindada, copia del formulario de afiliación y de la historia laboral, así mismo solicitó la nulidad del traslado de régimen (03ExpedienteDigitalizado– fls. 35 a 43, 60 a 62); a lo que el fondo dio respuesta el 14 de octubre de 2016, señalando que no estaba facultado para declarar nula una afiliación, en tanto para ello existe una autoridad competente, acto seguido le informó que no existía soporte escrito diferente al formulario de afiliación, ya que la asesoría la había realizado de manera verbal, anexando copia de la historia laboral y del saldo de la cuenta de ahorro individual (03ExpedienteDigitalizado– fls. 44 a 55, 185 a 187); que el 26 de septiembre de 2016, presentó solicitud de simulación y comparativo pensional ante PROTECCIÓN S.A., dando respuesta el fondo indicándole que la mesada pensional a los 57 años correspondería a \$1'366.100 en el RAIS, y de \$1'971.461 en el RPMPD(03ExpedienteDigitalizado– fls.60 a 62, 63 a 66, 188 a 191); que el 29 de septiembre de 2016, solicitó ante COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen, dando respuesta de manera negativa el 03 de octubre

de 2016 (03ExpedienteDigitalizado– fls. 67 a 77); posteriormente el 03 de mayo de 2017, la actora solicitó el traslado a COLPENSIONES, negándosele el mismo por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensionarse (03ExpedienteDigitalizado– fls. 78 y 79).

2.3 MARCO NORMATIVO

Si bien en el libelo genitor se pretendía la declaración de la nulidad de la afiliación, este proceso fue encaminado a declarar la ineficacia del traslado como lo determinó el a quo, ya que entre una y otra figura se presentan consecuencias disímiles.

Así las cosas, la pretensiones se analizará bajo la óptica de la ineficacia de la afiliación, la cual ha sido explicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias SL12136 de 2014, SL4989-2018; SL1421- 2019, SL1688-2019, SL 1689-2019 y SL 3464-2019, indicando que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación a régimen pensional desinformada, o el traslado entre regímenes bajo el mismo supuesto, es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto, debiéndose dejar por sentado que dicho órgano de cierre ha considerado que aparte de constar por escrito, tal acto debe estar precedido de la debida información al afiliado sobre las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, así como las consecuencias jurídicas de la decisión en cada caso particular, información que se debe brindar al usuario en un lenguaje claro, simple y comprensible y debe ser, además objetiva y transparente, ello en atención a la exigencia de libertad y voluntariedad en la elección de régimen pensional prevista en el literal b) del artículo 13 y artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber que ha tenido una evolución legislativa, pues inicialmente fue regulado como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994, en la Ley 795 de

2003; posteriormente adicionada la asesoría ó buen consejo entre 2009, Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010 y 2014 y por último, con inclusión de la doble asesoría desde el año 2014, Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

Respecto de la omisión en la información por parte de los fondos administradores de pensiones, traemos a colación la sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, radicación 46.292, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello, exponiéndose lo siguiente:

"Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia. (...)" (Subraya y resalto fuera del texto).

2.4. CASO CONCRETO.

2.4.1 INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPMPD AL RAIS.

Así que, la AFP PROTECCIÓN S.A. entidad a la cual se trasladó la accionante en el Régimen de Ahorro Individual, tenía la obligación de brindarle a la demandante una asesoría personalizada y completa, debiéndole informar entre otras cosas, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual, el número de beneficiarios y la edad de los mismos; la posible redención del bono pensional; la densidad y constancia de los aportes; y que si no se completa el suficiente capital para obtener, por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo legal vigente, a la fecha de expedición de dicha ley actualizado con el IPC), deberán seguir cotizando; que existen diferentes modalidades pensionales, así como efectuarles las proyecciones aritméticas

y los comparativos necesarios futuros en ambas opciones y otras tantas observaciones; reiterándose que la labor del funcionario del fondo debe trascender al “DEBER DEL BUEN CONSEJO” como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, pues al ser la función de las administradoras de pensiones privadas un servicio público a luz del artículo 48 superior, y atendiendo a la sensibilidad social de su rol, se exige de estas un papel activo en la asesoría, mostrándole al afiliado en detalle las ventajas y desventajas del traslado, a fin de que dicha decisión sea realmente pensada, libre y voluntaria, siendo explicado en la línea de la jurisprudencia especializada¹, que no basta la simple suscripción de un formulario, ni completar espacios vacíos, ni una simple expresión genérica de las condiciones pensionales, pues lo que se echa de menos es el no brindarse una información clara, precisa, comprensible y específica para el caso particular de cada afiliado a fin de que conozca de la mejor manera posible su situación ante el sistema y de esa manera migre al RAIS con plena conciencia de las implicaciones de su decisión.

Lo anterior se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la afiliada a la administradora de pensiones, como se indica en las sentencias reseñadas, porque son los fondos quienes cuentan con los medios técnicos y los conocimientos de los servicios que ofrecen.

Así mismo, debe precisarse que, la circunstancia de haberse permanecido la demandante a lo largo de los años en el fondo privado, no puede tenerse como indicativo del conocimiento informado del régimen pensional que pudiera atribuírsele a la afiliada o de la información que recibió de parte de las AFP, pues lo que se discute no es permanencia de la afiliada en el RAIS, sino del traslado de régimen pensional, que es lo que tiene incidencia prestacional y restricciones para la movilidad, lo que no ocurre con los traslados dentro del régimen de ahorro individual, porque el afiliado(a) se puede cambiar de administradora indefinidamente cada seis (6) meses, con cierta uniformidad en el nivel de las prestaciones que tienen a su cargo las AFP, por la aproximación en el comportamiento de las rentabilidades que obtienen, en razón a la inversión de sus recursos y la regulación que les imparte la Superintendencia Financiera (ver CSJ SL4609-2021), sin que se

¹ Sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral SL1688-2019 y SL2030-2019

verifique de parte de la administrador que hace parte del RAIS la satisfacción del requisito de información que permita dar validez al cambio de régimen que desde el año 1995 que se efectuó.

Es por lo anterior, que la Sala fundándose en las argumentaciones de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que, ante la *"Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional"*, procede la ineficacia del acto de traslado, debiéndose confirmar este punto apelado.

Ahora, frente a la orden dada a PROTECCIÓN S.A., de realizar el cálculo actuarial de las cotizaciones efectuadas por la accionante, punto recurrido por la abogada del fondo privado, debemos señalar que al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que el acto de vinculación al régimen de ahorro individual no produjo ningún efecto, lo que conlleva a la reactivación de la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, con la consecuente devolución a COLPENSIONES por parte del fondo privado de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, descuentos de la garantía de pensión mínima, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos sin deducción alguna, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia del 09 de septiembre de 2008, radicación 31.989, ya que será COLPENSIONES la entidad que reconocerá el derecho prestacional, en caso de que se consolide en cabeza de la actora. Razón por la que se revocará la decisión en lo concerniente al pago del cálculo actuarial, ordenándose en su lugar la devolución de PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES de todos los valores reseñados.

Ahora en lo que corresponde a la indexación de las condenas, tenemos que este tema no fue analizado por el juez de primera instancia, sin embargo, esta Corporación ciñéndose a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, procede de oficio a ordenar la indexación de los descuentos de la garantía de pensión mínima, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deben ser devueltos debidamente indexados a favor de COLPENSIONES y a cargo de los recursos propios del fondo privado. Al respecto traemos a colación la

sentencia SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, en la que se señala:

"... 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.

En consecuencia, al resolver la consulta a favor de COLPENSIONES habrá de adicionarse el numeral primero del fallo del a quo, en el sentido de que PROTECCIÓN S.A. deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos..."

Y es que la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), y de tal modo, las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, se ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones 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, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2877-2020, SL3199-2021, SL 4652-2021).

Con ello, se busca no afectar financieramente el régimen de prima media con prestación definida, además de que la H. Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación Laboral ha dispuesto que *"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.”(SL4426-2021), argumentos que conllevan a derruir la alzada del recurrente de los fondos privado y público, debiendo precisarse que las primas de seguros previsionales también deben ser devueltas con cargo a los propios recursos de la AFP privada, pues aun cuando fueron entregados a terceros que los recibieron de buena fe y en el período de afiliación la demandante estuvo cubierta para los riesgos de invalidez y muerte, no son las aseguradoras quienes asumen su reconocimiento por ser terceros ajenos al acto viciado, sino que ello recae en la AFP que incurrió en la omisión y se abstuvo de dar cumplimiento a sus deberes de información frente a los afiliados.

2.4.2 PENSIÓN DE VEJEZ.

Continuando con la revisión de la sentencia, encontramos que la apoderada de la parte demandada PROTECCIÓN S.A. no comparte con la orden del reconocimiento pensional, argumentando que esta pretensión no hizo parte del libelo genitor, sin embargo, debemos tener en cuenta que en la celebración de la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, el a quo en esta última etapa procesal, como director del proceso enfocó el litigio además de la declaración de la ineficacia, en el estudio de la prestación de vejez a favor de la demandante, no siendo esta una pretensión nueva sino que la misma fue controvertida dentro del litigio, no vulnerándose el debido proceso, ni el derecho de contradicción, ya que en torno a estas pretensiones se dirigió la dinámica probatoria y, por ende, la resolución del conflicto.

Así las cosas, establecida la viabilidad de la permanencia de la actora en el Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad a cargo de Colpensiones, analizaremos si tiene derecho a la pensión de vejez, debiéndose mirar si es beneficiaria del régimen de transición, siendo esta una prerrogativa en favor de ciertas personas cercanas a adquirir el derecho a pensionarse, teniendo una expectativa que en su momento se quiso proteger.

El artículo 36 de la ley 100 de 1993, determinó que las personas que a 1 de abril de 1994 tuvieran 40 años de edad si son hombres, o 35 si son mujeres, o 15 años de servicios o su equivalente en cotizaciones, gozaban del régimen de transición pensional, respetándose las condiciones de edad, tiempo y monto del régimen anterior al que se encontraban afiliados, en este caso, el artículo 12 de Decreto 758 de 1990.

Del material aportado al proceso, tenemos que la señora Nubia Stella nació el 05 de agosto de 1959 (fl.28), cumpliendo 57 años los mismos día y mes de 2016, lo cual indica al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, 1 de abril de 1994, contaba con 34 años de edad. En cuanto a las semanas cotizadas para la citada data, conforme a la historia laboral y los certificados laborales (fls. 33, 80 a 82), encontramos que la actora contaba con 634,4 que equivalen a 9 años y 9 meses aproximadamente, lo que nos lleva a concluir que no es beneficiaria del régimen de transición.

Así las cosas, la prestación debe estudiarse bajo los requisitos del sistema general de pensiones, del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la ley 797 de 2003, el cual exige como requisitos los siguientes:

"Artículo 9°. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

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

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 1.300 semanas en el año 2015..."

Concluyendo este cuerpo colegiado que la accionante cumplió 57 años, el 05 de agosto de 2016, contando con 1.427 semanas, como se desprende del reporte del estado de cuenta de la afiliada más actualizada del 8 de abril de 2018 (fls.192 a 201), cumpliendo con el requisito de las semanas y de la edad por lo que le asiste derecho a la pensión de vejez; sin embargo,

tenemos que la demandante en su interrogatorio de parte confesó que continuaba laborando y consecuentemente efectuando aportes a Protección S.A., lo que nos lleva a deducir que no se ha retirado del sistema.

Al respecto, el inciso 2° del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al régimen de prima media con prestación definida, dispone que:

"Serán aplicables a este régimen 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 esta ley."

A su turno, el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad dispone:

"ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. *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.*

Así mismo preceptúa el inciso 2° del artículo 4° de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

"La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente."

De conformidad con las anteriores disposiciones, se reitera que el derecho a la pensión de vejez se causa con el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos por la ley y debe empezar a pagarse a partir de la fecha de la novedad de retiro, o en su defecto, a partir de la última cotización efectuada, por cuanto con el hecho de que la afiliado deje de cotizar y solicite la prestación económica por vejez, se manifiesta de forma tácita su voluntad de retiro del sistema como afiliada, para adquirir el estatus de pensionado.

Así que al no encontrarse acreditado el retiro del sistema por parte de la demandante, se dejará en suspenso el disfrute de la prestación, hasta tanto

acredite la novedad de retiro, prestación que se liquidará conforme a los parámetros del inciso 2° del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y para efectos de establecer el MONTO PENSIONAL se tendrá en cuenta el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 10 de la Ley 797 de 2003, con la fórmula allí establecida.

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, por lo cual se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

Por lo anterior, se revocarán los numerales **SEGUNDO, TERCERO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO y NOVENO**, confirmándose en lo demás.

Sin costas en esta instancia.

4. FALLO DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

PRIMERO: Se **REVOCAN** los numerales **SEGUNDO, TERCERO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO y NOVENO** en su lugar se **ORDENA** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora NUBIA STELLA BOHÓRQUEZ GUTIÉRREZ tales como cotizaciones, descuentos de la garantía de pensión mínima, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos sin deducción alguna, debiéndose devolver indexados los conceptos correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

SEGUNDO: Se **CONDENA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** a recibir las sumas provenientes de **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**

TERCERO: Se **CONDENA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, de reconocer la pensión de vejez de la señora NUBIA STELLA BOHÓRQUEZ GUTIÉRREZ, bajo los presupuestos de los artículos 21, 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, estos último dos modificados por los articulo 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, dejándose en suspenso el disfrute de la prestación hasta que la actora se retire del sistema.

CUARTO: En lo demás se **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia.

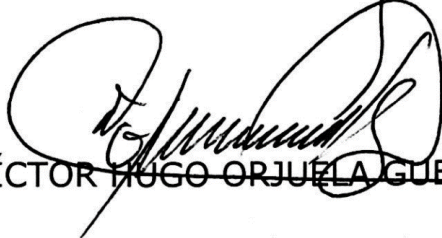
QUINTO: Sin costas en esta instancia.

Lo decidido se notifica por EDICTO.

Los Magistrados,



JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE