

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El seis (06) de octubre de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **GLORIA ELSY ESCOBAR GALLO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-016-2019-00498-01.

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 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, en consecuencia, se reliquide la pensión de vejez bajo el régimen de transición en aplicación del decreto 758 de 1990 con indexación y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que nació el 08 de noviembre de 1958, que estuvo afiliada al ISS y que posteriormente se trasladó a COLFONDOS S.A.

Indica que el asesor de COLFONDOS S.A. le manifestó que el ISS se iba acabar razón por la cual se quedaría sin pensión, pero no le informaron de la pérdida del beneficio de transición, ni le realizaron un comparativo entre el RAIS y el RPM, ni le indicaron que la pensión era por capital, ni le informaron sobre el riesgo financiero, ni de las condiciones para obtener el derecho a la pensión de vejez en el RAIS, ni la fecha de

redención del bono pensional, ni del derecho al retrato, ni le suministro información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta para el traslado de la actora, ni le informaron el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para obtener una pensión anticipada, ni le hicieron un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas, incumpliendo así su deber de diligencia que le impone su responsabilidad profesional pues indujo en error o engaño a la actora.

Manifiesta que, en el año 2003 regresa al ISS, y solicitó la pensión de vejez, misma que le es reconocida mediante resolución número GNR 214262 de junio de 2014 pero en atención al régimen general de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, es decir que se le desconoció su derecho al régimen de transición.

Expone que solicitó el reajuste de la mesada pensional atendiendo a lo establecido en el régimen de transición que la beneficia y que también le solicito a COLFONDOS S.A. remitir documentación necesaria, sin que fueran resueltas hasta la fecha de presentación de la demanda.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó desfavorablemente las pretensiones de la demanda, negando la totalidad de las pretensiones elevadas en la demanda, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación de declarar la ineficacia de la afiliación, y se abstiene de resolver las demás excepciones conforme al artículo 282 del Código General del Proceso.

Finalmente condeno en costas a la parte demandante fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

Para fulminar condena, el *a quo* argumentó que el Tribunal Superior de Medellín tiene fijado un precedente jurisprudencial sobre el tema de las ineficacias cuando ya se ha recibido una pensión de vejez que impide declarar la ineficacia. Adicionalmente menciona lo referente al artículo 107 de la Ley 100 de 1993 y la Sentencia C 841 de 2003 la cual señala que cuando se ha adquirido la calidad de pensionado ya no es permitido el traslado.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por la apodera de la demandante, argumentando que se aparta de la decisión adoptada por el juez de primera instancia, dado que la sentencia a la que hace alusión, hace referencia exclusivamente para los pensionados del RAIS que acuden a la jurisdicción ordinaria laboral a fin de obtener la declaratoria de Ineficacia de su traslado y así poder retornar al RPM sin solución de continuidad y acceder a los beneficios que allí les asistía, previo al traslado.

Aduce que en el caso de autos, si bien la demandante en algún momento se trasladó para COLFONDOS, pudo regresar en tiempo oportuno al extinto Instituto de los Seguros Sociales, actualmente sucedido por COLPENSIONES, régimen que la pensionó bajo los parámetros generales de la Ley 100 de 1993 y las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, tal como se observa de la prueba documental allegada; desconociéndosele el régimen de transición al que le asistía derecho por haberse trasladado al RAIS y al momento de su retorno no contar con 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema (1 de abril de 1994).

Alega, que es claro que en el presente caso se trata es de una pensionada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la cual se percató del daño que se le causó con el traslado que en su momento se produjo al RAIS, una vez accede a su derecho pensional, toda vez que en el proceso no existe prueba sumaria de que COLFONDOS al momento de realizar el mismo y previo al diligenciamiento del formulario de afiliación o posterior a dicho momento, le hubiera informado a la demandante de manera clara, completa, comprensible y suficiente las consecuencias de dicha traslado y las características propias de cada régimen y mucho menos existe prueba de que se le hubiera informado a la señora ESCOBAR GALLO que con la celebración de dicho acto jurídico perdería el beneficio de la transición.

Advera, que, de acuerdo a la jurisprudencia de nuestra H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, la cual data de un poco más de 20 años, además de ser pacífica al respecto, ya que NUNCA EXISTIÓ UNA VOLUNTAD REAL DEL TRASLADO de la demandante al RAIS, por cuanto nunca se le brindó la información calificada exigida por la Alta Corte, es decir, nunca se le explicaron los siguientes aspectos, con el fin de tomar una DECISIÓN CONSCIENTE:

- Que la pensión en el RAIS se adquiriría por capital
- Que si bien existe la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, debía reunir unos requisitos específicos, concernientes al capital
- Que tendría una cuenta de ahorros a su nombre, la cual podría generar rendimientos o pérdidas las cuales asumiría directamente ella

- Como era distribuido el aporte de la cotización
- Que podía realizar aportes voluntarios y la finalidad de los mismos
- Sobre el derecho a la garantía de pensión mínima de vejez y cuando operaba
- Que podía retractarse de la decisión del traslado
- Que era beneficiaria del régimen de transición
- Que perdería el beneficio del régimen de transición con el traslado, ya que el mismo no operaba en el RAIS
- Cuál era el tiempo mínimo de permanencia en el fondo privado
- Que factores inciden en la liquidación de la mesada pensional en el RAIS
- Realizar un comparativo entre el RPM y el RAIS, para una mayor claridad de la decisión que se iba a tomar y las consecuencias de la misma.
- Que si bien existe el facto “heredabilidad” de los aportes, cuando y en qué casos específicos operaba
- No se le hablo de las modalidades pensionales existentes en el fondo privado

Entre otras situaciones, que son obligación el asesor comercial de COLFONDOS, ilustrar a la señora GLORIA ELSY para que pueda indicarse que efectivamente su decisión fue libre, voluntaria y consciente, como se indica en la letra chica del formulario allegado.

En la demanda se realizan una serie de afirmaciones negativas indefinidas, con las cuales se traslada la carga de la prueba a la codemandada COLFONDOS, la que reitero, no probó sumariamente que hubiera brindado la información requerida para que mi representada tomara una decisión acorde a sus propios intereses y no a los intereses de la entidad, como lo era ganar un afiliado más.

Ahora si bien, señores Magistrados del H. Tribunal Superior de Medellín Sala Laboral, la señora ESCOBAR GALLO regresó al RPM y posteriormente, después de 6 años de solicitudes ante COLPENSIONES, dicha entidad expide la resolución número SUB 6222 de enero 13 de 2020 en el cual reajusta la mesada pensional con base en el régimen de transición, esto es el establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que nos remite el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, también lo es que es necesario la declaratoria de la INEFICACIA que se reclama, ya que se presentan los elementos de la misma, ello a fin de evitar que Colpensiones, expida un nuevo acto administrativo revocando el ya mencionado, aduciendo la procedencia de la revocatoria directa por “Cuando sea manifiesta su oposición a la constitución política o a la ley

No se trata de una maniobra, ya que incluso antes de instaurar la demanda Colpensiones continuaba negando la transición a favor de mi representada, situación que se dio con posterioridad y dentro del trámite del proceso, lo que fuera notificado en debida forma, atendiendo a la lealtad procesal que nos asiste a cada una de las partes.

Incluso la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4360 radicado 68852 del 9 de octubre de 2019 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en caso similar al de autos dijo:

“... Cuando se alude a la *ineficacia en sentido amplio*, se hace referencia a todos los defectos o anomalías, de cualquier clase, que impiden que el acto jurídico produzca sus efectos o deje de producirlos. Cubre todas las causas que perturban su eficacia y comprende diversas reacciones del ordenamiento jurídico tales como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa o la ineficacia en sentido estricto, que con mayor o menor intensidad golpean el acto o negocio jurídico¹.

Un acto jurídico es inexistente cuando se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación (*ad substantiam actus*) o cuando falta alguno de sus elementos esenciales. El acto así formado carece de existencia ante el derecho o, dicho de otro modo, no tiene vida jurídica y, por tanto, no produce ningún efecto.

En cualquiera de sus modalidades (absoluta y relativa), la nulidad es una sanción que impide que el acto jurídico produzca efectos desde el momento de su formación, por faltarle alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (artículo 1740 del Código Civil). En este evento, el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez.

Finalmente, la *ineficacia en sentido estricto* supone un acto jurídico existente y válido, pero que no produce sus efectos finales o queda privado de ellos por expresa disposición del legislador. La Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que «la *ineficacia en sentido propio o restringido*, consiste en la alteración de los resultados finales de la figura [...] sin afectar su validez». ²

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación

desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general **cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma** contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] **la afiliación respectiva quedará sin efecto**»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

Ahora bien, podría contra argumentarse que ese precepto alude a una acción del empleador o de cualquier persona tendiente a engañar al trabajador; sin embargo, para la Corte esta es una lectura incompleta y reduccionista de la norma, en la medida que los derechos pueden ser objeto de violación o transgresión por acción, y también por omisión. Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que para que se configure la ineficacia sea necesario un *«engaño»*, *«artificio»* o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a *«cualquier forma»* de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.

En consonancia con lo expuesto, cabe recordar que todo deber tiene como correlato un derecho. Luego, si conforme a las reglas referidas en casación, las administradoras tienen rigurosas obligaciones de brindar información a los afiliados; estos a su vez tienen el derecho a recibirla. Por ello, puede aseverarse que existe un derecho de los afiliados a obtener información sobre las consecuencias y riesgos de su cambio de régimen pensional, de manera que su violación –por disposición de ley– se sanciona con la ineficacia del acto.

Para ahondar en razones, y asumiendo que el deber de información tiene como correlato un derecho a la información, la sanción de ineficacia no solo encuentra respaldo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino también en los artículos 272 de la citada normativa, 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política.

En efecto, siguiendo la tradición de las legislaciones tutelares que propenden por la intangibilidad e irrenunciabilidad de un mínimo de derechos y garantías ciudadanas, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sanciona con la ineficacia o la privación de efectos jurídicos todo acuerdo que menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. De ahí que, para esta Corte, la figura de la ineficacia sea la vía correcta al momento de examinar los casos de violación del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones.

Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcar es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia...

(...)

Trayendo a colación lo expuesto y como quiera que en este caso es una medida factible la vuelta al *statu quo ante*, la Sala declarará la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que Gloria Inés Restrepo nunca migró al régimen privado de pensiones o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, en consecuencia, no perdió los beneficios de la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues contaba con más de 35 años de edad al 1.º de abril de 1994 y bajo las reglas del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 alcanzó la densidad de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez.

Así deriva de la historia laboral que remitió Colpensiones, en la que se advierte que al 15 de diciembre de 2009, fecha en la que Restrepo Pérez solicitó por primera vez a esa entidad que no tuviera en cuenta el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y se diera aplicación a la reglamentación del de prima media con

prestación definida, tenía 981.14 semanas cotizadas, de las cuales, 643.29 lo fueron en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de 55 años, esto es, entre el 3 de diciembre de 1988 y el mismo día y mes de 2008.

Para entonces, aún estaba vigente el régimen de transición pensional, conforme lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, por tanto, la actora es acreedora de la prestación de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, desde el 15 de diciembre de 2009 en razón a que las cotizaciones posteriores se efectuaron en virtud de la decisión negativa de Colpensiones frente a la solicitud de la prestación; en consecuencia, no pueden afectarla en tal aspecto.

Ello, porque tal como reiterada y pacíficamente lo ha adoctrinado esta Sala, si bien los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 exigen la desvinculación formal del sistema general de pensiones para acceder a la prestación, ante situaciones particulares y excepcionales que deben verificar los jueces en su labor de dispensar justicia, ha optado por soluciones diferentes y ha aceptado fechas anteriores a las del retiro del sistema (CSJ SL5603-2016)...

(...)

Ahora, en atención a que las entidades demandadas formularon la excepción de prescripción de la acción, debe tenerse presente que de acuerdo con las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la acción encaminada a la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional es imprescriptible.

En cambio, sí prescriben las mesadas pensionales no reclamadas dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad. No obstante, como en el caso bajo examen la reclamación de la pensión al ISS, hoy Colpensiones, se efectuó el 15 de diciembre de 2009 y la demanda se presentó el 23 de julio de 2010, no operó tal fenómeno extintivo..." (Subrayas fuera del texto)

Como lo pretendido es la declaratoria de la INEFICACIA y así obtener que las cosas vuelvan a su estado inicial, esto es la conservación del régimen de transición de la actora, la consecuencia que se deriva es el reajuste de la mesada pensional, reajuste que no está sometido a la prescripción extintiva de la acción, como erradamente se declaró por la primera instancia, reajuste que ya fue reconocido incluso por Colpensiones a partir del 10 de junio de 2016, quedando pendiente analizar si es procedente la condena a la INDEXACIÓN, al igual que de las costas del proceso.

Por lo expuesto, de manera respetuosa solicito se proceda a REVOCAR la sentencia de primera instancia y se acceda a lo peticionado.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de la demandante y COLPENSIONES, allegaron escritos de alegatos de conclusión, en los que señalaron resumidamente los siguiente:

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

La parte demandante es sus alegatos de conclusión manifiesta que se ratifica en los argumentos en que fundamentó el recurso de apelación.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Revisado el expediente pensional, la afiliada presentó traslado del RAIS al Régimen RPM, administrado por COLPENSIONES el 30 de septiembre de 2002. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra el régimen de transición para aquellas personas que al momento de entrar en vigencia dicha norma tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres o 15 años de servicio, señalando que no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad o para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida. En ese orden de ideas, las personas que se trasladen al RAIS y posteriormente se devuelvan al ISS, no conservaran el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con la Circular Interna 08 de 2014, suscrita por la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal y la Vicepresidencia de Prestaciones y Beneficios y de acuerdo al precedente judicial de las sentencias C – 789 de 2002, C – 754 de 2004, C – 1024 de 2004, SU – 062 de 2010, SU – 130 de 2013 y SU – 856 de 2013, la Ley 797 de 2003.

En virtud del Acto Legislativo 01 de 2005 el Régimen de Transición no podrá extenderse más allá del año 2014

Para acreditar las semanas necesarias para el reconocimiento de la pensión, la afiliada allegó certificados sobre tiempo de servicios laborados como servidor público sin cotización al régimen de prima media con prestación definida. En el presente caso la demandante a la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social (1 de

abril de 1994) se encontraba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, por lo que la prestación tuvo que ser financiada con cuota parte pensional. Que una vez realizado el estudio de la solicitud de reliquidación y/o retroactivo, se establece que no se generaron valores a favor del pensionado.

Así las cosas, no existen motivos de hecho o derecho que permitan generar retroactivo alguno o incrementar la mesada pensional.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante, y si en consecuencia es procedente reliquidarle la pensión de vejez con base en las reglas del Decreto 758 de 1990 y debido a ello se deba producir codena a la indexación del reajuste pensional.

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

6. CONSIDERACIONES:

La Sala se ocupará del estudio del recurso de apelación, con apego al imperativo contenido en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual: “La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”.

Primeramente, es necesario manifestar que en el caso de la actora es procedente decidir judicialmente sobre la ineficacia que pueda haberse producido en su traslado al RAIS, toda vez que si bien estando a más de 10 años de alcanzar la edad para la pensión de vejez, solicitó y obtuvo su regreso al RPM de COLPENSIONES, a pesar de ello perdería los beneficios del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, lo que de contera la haría perder las prerrogativas de pensionarse bajo las reglas del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990.

De otra parte, si bien COLPENSIONES administrativamente le reconoció la pensión de vejez, a la actora mediante resolución número GNR 214262 de junio de 2014 con la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, y posteriormente a través de la resolución número SUB 6222 de enero 13 de 2020 reajustó la mesada pensional con base en el régimen de transición, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 aplicando las preceptivas del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, como bien se plantea en la apelación, esta es una decisión administrativa modificable, que no posee la fuerza de la cosa juzgada, que sí tiene un decisión judicial.

Explicado lo anterior, 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 de la 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 la afiliada recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que la actora, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, como se desprende de la historia laboral válida emitida por dicha entidad, que milita a folios 30 al 34 del plenario, se afilió a la administradora del RAIS COLFONDOS S.A. como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 16 del expediente, retornando nuevamente a COLPENSIONES el 30 de septiembre de 2002, tal como se desprende del certificado de afiliación obrante a folio 27 del expediente, entidad que finalmente el 12 de junio de 2014 le otorgó la pensión de vejez como se advierte en el certificado visible a folio 23 al 26 del expediente, prestación que después fue re liquidada mediante resolución SUB 6222 del 13 de enero de 2020 visible a folios 75 al 79 del expediente y en aplicación del decreto 758 de 1990.

Sobre el deber de información antes citado, no se advierte que en el presente caso COLFONDOS S.A. haya demostrado como era su deber que se ilustró a la demandante sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Igualmente, de acuerdo a la copia de la cedula de ciudadanía de la demandante que milita a folio 35 del expediente y en armonía con su historia laboral de folios 30 a 34 del expediente, se advierte que para el día 1° de abril 1994 contaba con 35 años de edad, dado que nació el 8 de noviembre de 1958 y por tanto ostentaba la condición de beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la citada Ley 100 de 1993, situación que no se advierte que le haya sido puesta en conocimiento por parte de la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1994, siendo un aspecto relevante en su caso, dado que el traslado al RAIS implicaba la pérdida del beneficio transicional al que tenía derecho.

Ahora, el hecho que la actora ya esté activa en el RPM administrado por COLPENSIONES al que regresó mediante fallo de tutela, y goce de pensión de vejez, otorgada por esta entidad, ello no impide que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, para efecto de conservar el régimen de transición para así continuar gozando los privilegios que en virtud de tal transición le permiten acceder a la pensión de vejez bajo las prerrogativas del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, tal como lo ha determinado la jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL5280-2021 y SL2929-2022.

Conforme lo expuesto en precedencia, se declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante.

Como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS a través de COLFONDOS S.A. régimen pensional de la demandante, esta AFP **deben devolver** a COLPENSIONES el porcentaje de valor de los gastos o comisión administración que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones del demandante, incluidos los porcentajes del pago de primas de seguros previsionales, pago de prima de reaseguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir, que debe devolver a Colpensiones el 100% de los valores ya mencionados 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.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia*

jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”.*

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, en la que precisó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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 la actora 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 cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Teniendo en cuenta lo anterior, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque, es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del

hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

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

DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE LA DEMANDANTE COMO BENEFICIARIO DE RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DEL ART. 36 DE LA LEY 100 DE 1993.

Como consecuencia declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, conserva el derecho al régimen de transición establecido en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, al que tiene derecho, toda vez que al 1 de abril de 1994 contaba con más de treinta y cinco años de edad, pues el nació el 08 de noviembre de 1958, como se acredita con la copia de su cédula que obra a folio 35 del expediente, y en tal sentido al haber estado afiliado la demandante al ISS antes de la entrada en vigencia de la citada Ley 100, pues registra cotizaciones en su historia laboral que obra en a folio 30 a 34, desde agosto de 1984, le asiste derecho a que la pensión se le otorgue bajo las prerrogativas del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Se advierte que la demandante conforme a las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005, se le extendió el régimen de transición hasta el año 2014, habiendo cumplido los 55 años de edad para acceder a la pensión de vejez, el 08 de noviembre de 2013, pues a la entrada en vigencia de la referida norma constitucional el 22 de julio de 2005, contaba con más de 750 semanas cotizadas, exactamente con 1084,39, como se observa en su historia laboral, en la que registra en total 1510,72 semanas cotizadas hasta el 30 de noviembre de 2013 con la respectiva novedad de retiro del sistema pensional.

En consecuencia, la actora tiene derecho a la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, como se le otorgó mediante la Resolución SUB 6222 de enero 13 de 2020, lo que se declarar judicialmente.

Ahora como quiera que a actora reclama en la apelación, la indexación del reajuste pensional, la misma 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 del reajuste pensionales, lo que es justo en una economía inflacionaria como la nuestra, por lo que el reajuste de las mesadas pensionales retroactivas a las que tenía derecho la actora y que fue reconocido administrativamente por COLPENSIONES y avalada judicialmente mediante este fallo, deberán la indexarse utilizándose la fórmula en la que conforme la siguiente fórmula, en la que el VA (valor actualizado) es igual al reajuste pensional reconocido (Vh), multiplicada por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en el mes anterior al pago, por el índice inicial, vigente en el mes de causación del reajuste de cada mesada, así:

	Período	IPC	# Mesadas	mesada pagada	valor mesada reajustada	diferencia	valor diferencia menos descuento a salud	Indexación reajuste
2016	Junio	92,54	0,7	\$ 1.585.291	\$ 1.977.759	\$ 392.468	\$ 345.372	\$ 46.264
	Julio	93,02	1	\$ 2.264.702	\$ 2.825.370	\$ 560.668	\$ 493.388	\$ 63.197
	Agosto	92,73	1	\$ 2.264.702	\$ 2.825.370	\$ 560.668	\$ 493.388	\$ 64.983
	Septiembre	92,68	1	\$ 2.264.702	\$ 2.825.370	\$ 560.668	\$ 493.388	\$ 65.278
	Octubre	92,62	1	\$ 2.264.702	\$ 2.825.370	\$ 560.668	\$ 493.388	\$ 65.613
	Noviembre	92,73	2	\$ 2.264.702	\$ 2.825.370	\$ 560.668	\$ 493.388	\$ 64.988
	Diciembre	93,11	1	\$ 2.264.702	\$ 2.825.370	\$ 560.668	\$ 493.388	\$ 62.670
2017	Enero	94,07	1	\$ 2.394.922	\$ 2.987.829	\$ 592.907	\$ 521.758	\$ 60.312
	Febrero	95,01	1	\$ 2.394.922	\$ 2.987.829	\$ 592.907	\$ 521.758	\$ 54.517
	Marzo	95,46	1	\$ 2.394.922	\$ 2.987.829	\$ 592.907	\$ 521.758	\$ 51.845
	Abril	95,91	1	\$ 2.394.922	\$ 2.987.829	\$ 592.907	\$ 521.758	\$ 49.140
	Mayo	96,12	1	\$ 2.394.922	\$ 2.987.829	\$ 592.907	\$ 521.758	\$ 47.857
	Junio	96,23	1	\$ 2.394.922	\$ 2.987.829	\$ 592.907	\$ 521.758	\$ 47.204
	Julio	96,18	1	\$ 2.394.922	\$ 2.987.829	\$ 592.907	\$ 521.758	\$ 47.496
	Agosto	96,32	1	\$ 2.394.922	\$ 2.987.829	\$ 592.907	\$ 521.758	\$ 46.699
	Septiembre	96,36	1	\$ 2.394.922	\$ 2.987.829	\$ 592.907	\$ 521.758	\$ 46.471
	Octubre	96,37	1	\$ 2.394.922	\$ 2.987.829	\$ 592.907	\$ 521.758	\$ 46.376
	Noviembre	96,55	2	\$ 2.394.922	\$ 2.987.829	\$ 592.907	\$ 521.758	\$ 45.350
	Diciembre	96,92	1	\$ 2.394.922	\$ 2.987.829	\$ 592.907	\$ 521.758	\$ 43.175
2018	Enero	97,53	1	\$ 2.492.875	\$ 3.110.031	\$ 617.156	\$ 543.097	\$ 41.277
	Febrero	98,22	1	\$ 2.492.875	\$ 3.110.031	\$ 617.156	\$ 543.097	\$ 37.179
	Marzo	98,45	1	\$ 2.492.875	\$ 3.110.031	\$ 617.156	\$ 543.097	\$ 35.789
	Abril	98,91	1	\$ 2.492.875	\$ 3.110.031	\$ 617.156	\$ 543.097	\$ 33.128
	Mayo	99,16	1	\$ 2.492.875	\$ 3.110.031	\$ 617.156	\$ 543.097	\$ 31.670
	Junio	99,31	1	\$ 2.492.875	\$ 3.110.031	\$ 617.156	\$ 543.097	\$ 30.782
	Julio	99,18	1	\$ 2.492.875	\$ 3.110.031	\$ 617.156	\$ 543.097	\$ 31.515
	Agosto	99,30	1	\$ 2.492.875	\$ 3.110.031	\$ 617.156	\$ 543.097	\$ 30.828
	Septiembre	99,47	1	\$ 2.492.875	\$ 3.110.031	\$ 617.156	\$ 543.097	\$ 29.882
	Octubre	99,59	1	\$ 2.492.875	\$ 3.110.031	\$ 617.156	\$ 543.097	\$ 29.194
	Noviembre	99,70	2	\$ 2.492.875	\$ 3.110.031	\$ 617.156	\$ 543.097	\$ 28.524
	Diciembre	100,00	1	\$ 2.492.875	\$ 3.110.031	\$ 617.156	\$ 543.097	\$ 26.829
2019	Enero	100,60	1	\$ 2.572.148	\$ 3.208.930	\$ 636.782	\$ 560.368	\$ 24.183
	Febrero	101,18	1	\$ 2.572.148	\$ 3.208.930	\$ 636.782	\$ 560.368	\$ 20.843
	Marzo	101,62	1	\$ 2.572.148	\$ 3.208.930	\$ 636.782	\$ 560.368	\$ 18.332
	Abril	102,12	1	\$ 2.572.148	\$ 3.208.930	\$ 636.782	\$ 560.368	\$ 15.481
	Mayo	102,44	1	\$ 2.572.148	\$ 3.208.930	\$ 636.782	\$ 560.368	\$ 13.676
	Junio	102,71	1	\$ 2.572.148	\$ 3.208.930	\$ 636.782	\$ 560.368	\$ 12.166
	Julio	102,94	1	\$ 2.572.148	\$ 3.208.930	\$ 636.782	\$ 560.368	\$ 10.887
	Agosto	103,03	1	\$ 2.572.148	\$ 3.208.930	\$ 636.782	\$ 560.368	\$ 10.388
	Septiembre	103,26	1	\$ 2.572.148	\$ 3.208.930	\$ 636.782	\$ 560.368	\$ 9.117
	Octubre	103,43	1	\$ 2.572.148	\$ 3.208.930	\$ 636.782	\$ 560.368	\$ 8.181
	Noviembre	103,54	2	\$ 2.572.148	\$ 3.208.930	\$ 636.782	\$ 560.368	\$ 7.577
	Diciembre	103,80	1	\$ 2.572.148	\$ 3.208.930	\$ 636.782	\$ 560.368	\$ 6.154
2020	Enero	104,24	1	\$ 2.669.890	\$ 3.330.869	\$ 660.979	\$ 581.662	\$ 3.906
				\$ 107.362.740	\$ 133.942.328	\$ 26.579.588	\$ 23.390.037	\$ 1.566.920
	IPC FINAL FEBRERO 2020							
	104,94							

Respecto de la excepción de prescripción que fue presentada por COLPENSIONES, la misma fue aplicada administrativamente por COLPENSIONES desde los tres años

anteriores a la presentación de la reclamación administrativa de la ineficacia del traslado pensional y el consecuente reajuste de la pensión, que fue radica el 10 de junio de 2019, conforme a los documentos obrantes a folios 17 a 22, aspecto del que no se reclama en la apelación, y sin que advierta esta judicatura que tal forma de aplicar la prescripción perjudique a COLPENSIONES, por lo que la indexación se reconoce sobre el retroactivo del reajuste pensional otorgado a la actora por COLPENSIONES, en la forma que fue liquidada anteriormente.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia consultada será REVOCADA en los términos expuestos en precedencia.

Sin COSTAS en esta instancia por haber prosperado el recurso de apelación de la demandante.

Costas de primera instancia a favor de la actora y a cargo de COLFONDOS S.A. por haber resultado vencida en el proceso, las que serán fijadas por la *a quo*.

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 REVOCAR la sentencia del 16 de junio de 2020 proferida por el JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **GLORIA ELSY ESCOBAR GALLO** contra **COLPENSIONES**, y **COLFONDOS S.A.** para en su lugar:

- **DECLARAR** la INEFICACIA del traslado efectuado en 1994 por la señora GLORIA ELSY ESCOBAR GALLO, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A.
- **DECLARAR** que la demandante tiene derecho a que la pensión de vejez que le fue reconocida administrativamente por COLPENSIONES, le sea otorgada con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la

misma anualidad, tal como le fue reconocida por COLPENSIONES mediante la Resolución SUB 6222 de enero 13 de 2020

- **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante, la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS VEINTE PESOS (\$1.566.920), por concepto de indexación del reajuste de la pensión a que tenía derecho que le fue reconocido administrativamente.
- **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES el porcentaje de valor de los gastos o comisión administración que en su momento descontó de las cotizaciones de la demandante, durante el tiempo que estuvo afiliada a esta AFP, incluidos los porcentajes del pago de primas de seguros previsionales, pago de prima de reaseguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sin descuento de ninguna índole,

SEGUNDO: Costas de primera instancia a favor de la actora y a cargo de COLFONDOS S.A., las que serán fijadas por la *a quo*.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **df45dad9ae10d6abdb4883009a4f870c765328760c37d7dd3b8985bcf7a7a3c**

Documento generado en 06/10/2022 01:56:25 PM

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