

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, se constituyó en audiencia, con el fin de resolver los recursos de apelación y consultar, la sentencia proferida en primera instancia en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARÍA DEL PILAR ACEVEDO GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y las sociedades **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.) y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-019-2019-00405-01.

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.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que desde el 23 de octubre de 1983 y estuvo afiliada al extinto ISS hoy Colpensiones, y que en enero de 1998 se trasladó al RAIS, a través de la AFP COLFONDOS S.A.

Expone que al momento de su traslado a COLFONDOS, la asesora de dicha AFP le aseguró que en dicho fondo se pensionaría anticipadamente, con una mesada superior a la que obtendría en el RPM, indicándole además que el RPM se iba a acabar.

Manifiesta que, no obstante, la asesora no le realizó proyecciones pensionales en ambos regímenes, no le indicó de qué forma debía realizar los aportes para acceder a los beneficios del RAIS como la pensión anticipada y una pensión superior, no le indicó cuál de los dos regímenes era más beneficioso para ella, y en general no le suministró la información apropiada, idónea y veraz al momento de su afiliación.

Indica que posteriormente, en agosto de 2014 se trasladó dentro del mismo RAIS a la AFP PROTECCIÓN S.A.

Finalmente señala que el 13 de marzo de 2019 le solicitó a COLPENSIONES el retorno al régimen de prima media, obteniendo respuesta negativa a dicha solicitud, bajo el argumento de encontrarse a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de primera instancia, despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, y declarando en consecuencia que para efectos pensionales la actora estuvo válidamente afiliada en el RPM que administra actualmente COLPENSIONES.

Así mismo, condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los recursos destinados al pago de seguros previsionales, condenando igualmente a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración y comisiones que hubiere percibido durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo..

Acto seguido condenó en COSTAS a la AFP COLFONDOS S.A. y absolvió de las mismas a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S.A..

Para fulminar condena, el *a quo* argumentó, que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e

informando la conveniencia e inconvenientes de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de COLFONDOS S.A. 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 de la existencia de un consentimiento suficientemente informado la suscripción del formulario de afiliación pre impreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

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. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por los apoderados judiciales de PROTECCIÓN S.A. y de COLPENSIONES, en los siguientes términos:

APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. apela parcialmente la sentencia en lo que tiene que ver con la orden de trasladar las comisiones de administración a COLPENSIONES, indicando que los descuentos realizados de los aportes de la demandante por dicho concepto se realizaron en cumplimiento de una norma legal válida, vigente y aplicable y no por capricho de la administradora y se trata de comisiones ya causadas y pagadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Indica que en el hipotético caso que se asuma que PROTECCIÓN no realizó la gestión de administración de dichos dineros, y por tanto se ordene el traslado de estas comisiones a COLPENSIONES, debe ordenarse en consecuencia la devolución a PROTECCIÓN de todos los rendimientos generados mientras la demandante estuvo afiliada con PROTECCIÓN, dado que estos se generaron como producto de la buena gestión de administración de la cuenta por parte de la AFP, y por tanto debe ordenarse únicamente la devolución de los aportes realizados por la demandante ero sin los

rendimientos generados, ello por cuanto la consecuencia jurídica de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior y por tanto deben devolverse solo los aportes sin rendimientos pues estos se generan exclusivamente en el RAIS y no en el RPM.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

El apoderado de COLPENSIONES, indica en la apelación, que la decisión del despacho menoscaba el patrimonio del régimen de prima media, pues de acuerdo al Artículo 48 de la Constitución Política se estableció el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, con el cual a su vez se establecen dos dimensiones de la seguridad social, pues por un lado la concibió como un derecho constitucional fundamental, y por el otro como un servicio público obligatorio, el cual debe ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y en consecuencia, la declaratoria injustificada de una ineficacia del traslado de una afiliada del RPM al RAIS, así como la reactivación de su afiliación al RPM afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, pues este principio representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los colombianos de manera sostenida e indefinida, sostenibilidad que se encuentra afectada, dada la inexistencia de equivalencia, entre los valores recibidos y los valores requeridos para el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la demandante, motivos por los cuales solicita que la sentencia de primera instancia sea revocada en su integridad.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados de la DEMANDANTE y de COLPENSIONES allegaron escrito de alegatos de conclusión, en los cuales señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

Los fondos privados son entidades con funciones de servicio público a la luz del artículo 48 Superior, se exige de estas un PAPEL ACTIVO en la asesoría que brindan a sus futuros afiliados y más si vienen del Régimen de Prima Media, no en vano el Inciso 3 Literal C Artículo 60 de la Ley 100 de 1993 les impone como OBLIGACIÓN

“informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permita la adopción de decisiones informadas”, luego estas entidades deben detallar plenamente y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al RAIS, lo siguiente:

1. Las diferencias de los dos regímenes que existen en Colombia.
2. Las proyecciones de las mesadas por vejez que podrían recibir tanto en el Régimen de Prima Media como en el RAIS y en diferentes estadios.
3. Las implicaciones y conveniencias de optar por uno u otro Régimen.

Debiendo incluso DESANIMAR en el evento en se evidencie que el traslado perjudique su futura prestación.

Al respecto citare las sentencias de la Sala Laboral de la C.S.J. radicados: 33083 del 22 de noviembre del año 2011, 46292 del 3 de septiembre del año 2014, y SL 17595 del 18 de octubre del año 2017.

Ese deber de información a cargo de las administradoras no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 del año 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 del año 1994 exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia dentro de las cuales se entienden la transparencia, la vigilancia y el deber de información. Ello según lo ha dicho la jurisprudencia a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las que emanan precisamente de la naturaleza del contrato.

De ahí que siendo los fondos privados los que tienen a cargo de asesorar los futuros afiliados en los términos indicados y cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos respecto de los servicios que ofrecen, son estos según las reglas que se extraen de las providencias de la Corte Suprema de Justicia los que en el proceso judicial deben de acreditar que la información dada a la persona que se va a trasladar de Régimen satisface las exigencias legales que se ha reparado.

Por lo que en este proceso honorables magistrados la Administradora de Fondos de Pensiones COLFONDOS S.A.:

- Omitió información al trasladar de Régimen a la demandante.
- La información que le suministraron fue errónea y no se ajustaba a la realidad.
- La información fue incorrecta, inoportuna e insuficiente.

Y como se evidencia en la primera audiencia no obra en el expediente prueba relativa a que en su momento el Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A. hubiese brindado al demandante previ6 a su traslado toda la informaci6n en los t6rminos exigidos por la jurisprudencia; Esto es que antes de hacer el traslado le hubiesen indicado que el valor de la pensi6n de vejez en el RAIS dependi6a del capital consignado en la cuenta individual, tampoco obra prueba que a la fecha del traslado le hayan efectuado las proyecciones aritm6ticas y los comparativos necesarios hacia futuro en ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario y otras tantas observaciones respecto de los riesgos que asumia 6l referido con su traslado, como por ejemplo recibir una mesada pensional inferior a la que podia haber recibido en el R6gimen de Prima Media.

De esta manera, en atenci6n a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas, se demuestra a todas luces que hubo vicio en el consentimiento de la se6ora MARÍA DEL PILAR ACEVEDO GÓMEZ, cuando le hicieron el traslado al Fondo privado, traducido en un enga6o por la falta “DEL DEBER DE INFORMACI6N”, en un asunto neural como lo es el cambio de R6gimen pensional que la indujo en error de hecho sobre el objeto de que se trata, como lo se6ala el art6culo 1510 del C6digo Civil.

Honorables Magistrados, cuando mi representada se traslad6 para el RAIS, lo hizo ignorando las desventajas que le representaba pensionarse en ese r6gimen, pues si la Administradora COLFONDOS S.A. le hubiese brindado una informaci6n objetiva y adecuada sobre las implicaciones que tendria, nunca habria dado su consentimiento.

Por lo que con los argumentos expuestos les solicito de manera respetuosa **CONFIRMEN** la sentencia de primera instancia y me ratifico en las pretensiones solicitadas en la demanda.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

El an6lisis de la informaci6n suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindarse al momento de la afiliaci6n del demandante, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripci6n del formulario o de la materializaci6n del traslado; No es razonable ni jur6dicamente v6lido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de informaci6n no previstos en el ordenamiento jur6dico vigente al momento del traslado de r6gimen, pues tal exigencia desvirtua el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de

legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

El juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación. Así, no es admisible que el documento soporte de la afiliación que es el formulario suscrito por el afiliado, sea desestimado por los diferentes Despachos como una prueba a la voluntad libre de afiliación del demandante, indicándose que solo corresponde a una cláusula O A UN FORMATO carente de certeza.

Se trata de un traslado de régimen pensional realizado voluntariamente por la demandante, tal apreciación se puede verificar en el escrito de demanda en el cual se puede establecer que para que se constituyera el fondo privado como su nueva administradora de pensiones, el mismo realizó una selección. Dicho concepto de “SELECCIÓN” implica una voluntad consciente para elegir entre uno u otro régimen, no estando supeditado entonces a la fuerza o al engaño que deberá ser objeto de debate probatorio.

La demandante accede sin inconveniente alguno a pertenecer al Régimen de Ahorro Individual sin verificar de fondo las consecuencias tanto positivas como negativas de dicho cambio, situación como tal que le es totalmente ajena a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, quien no podía evitar que el afiliado renunciara al cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte administrados por el Régimen de Prima media, dado que como se indicó Anteriormente el simple acto de “SELECCIONAR” implica un previo examen que permitan avizorar que dicho régimen es mejor que el otro.

Es claro entonces que la afiliación efectuada al RAIS por el demandante goza de plena validez, pues en el momento en el que decidió trasladarse de régimen, estaba aceptando las condiciones pensionales a este, lo que se avizora es una inconformidad con la mesada pensional y por eso ahora el demandante alega una supuesta falta de información por parte de la AFP, que en todo caso le incumbe a la parte que afirma demostrar los hechos que sustentan su demanda, lo cual se pudo en el interrogatorio practicado no fue así. No sería correcto hablar de un fallo favorable a las pretensiones

incoadas por el demandante, cuando a este lo cobija el principio de la Autorresponsabilidad de los hechos que afirma y por ende esta llamada aportar pruebas tendientes a demostrar que el traslado de régimen fue producto de un engaño como se manifiesta en la demanda y no por el contrario dar por sentado un hecho que reitero le es ajeno a Colpensiones a la hora de dar por ciertos los hechos que indica.

Por otra parte, la sentencia de la Corte Constitucional **SU 062 de 2010**, señala: “... *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes*”

Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social...”

Es de anotar que al Colpensiones ser una entidad pública no puede ir más allá de lo consagrado en la ley, y esta es clara cuando en el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció: *el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, como es el caso que nos ocupa donde el demandante estaría incumpliendo con la señalado en la norma.*

La prohibición de traslado cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir el requisito de la edad exigido para acceder al derecho a la pensión, contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, fue objeto de estudio por parte de esta Corporación, a través de la **SENTENCIA**

C- 1024 DE 2004, a propósito de una demanda de inconstitucionalidad formulada en su contra, en la que se cuestionaba que la restricción temporal de traslado de régimen pensional, vulneraba el derecho a la libre escogencia:

Con lo anteriormente mencionado se puede concluir que no es procedente imponer cargas económicas adicionales a COLPENSIONES y más cuando su actuar siempre se ha regido por el principio legal y constitucional de la buena fe y entre sus funciones no se encuentra retener a sus afiliados, por lo que todo lo acontecido en razón al traslado de régimen de la parte actora no puede ser atribuido bajo ninguna perspectiva a esta entidad, ni se le puede imponer cargas insostenibles.

Se reitera que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los afiliados contaban con un espectro de decisión más amplio a la hora de definir la situación pensional que mejor se ajuste a sus condiciones particulares, las cuales debían tener siquiera un análisis mínimo que permitiera tomar una acertada decisión, la cual, finalmente se materializaba con la aceptación y suscripción del formulario de afiliación diligenciado válidamente sin coerción o dolo alguno que desencadenara en una nulidad en el negocio jurídico.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para 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.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA 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:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de PROTECCIÓN S.A. y de COLPENSIONES, se consultará

la sentencia en favor de esta última entidad 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 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 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 RPM administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, según se advierte en la historia laboral emitida por Colpensiones obrante a folio 18 y la historia laboral válida para bono pensional emitida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, visible a folios 134 a 136 del expediente digitalizado (documento 01 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS COLFONDOS S.A. el 15 de abril de 1998, con efectividad a partir del 1° de junio de dicha anualidad, trasladándose posteriormente a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 18 de julio de 2014, según se acredita con el certificado SIAFP que milita a folio 137 del expediente digitalizado (Documento 01 del expediente digital).

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1998 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 qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:38:23 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (Documento 15 del expediente digital), no se advierte que además de indicar que el asesor de COLFONDOS S.A. le manifestó que el ISS se iba a acabar y que en el fondo privado

podía pensionarse a la edad que quisiera y con una mejor pensión, esta haya confesado que el asesor de la AFP COLFONDOS S.A. le brindó toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no se advierte que haya confesado que se le ilustró sobre 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 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.

Ahora, como bien lo sostuvo el *a quo*, y contrario a lo manifestado por COLPENSIONES en su escrito de alegaciones, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que la afiliación fue voluntaria, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que la afiliación se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP COLFONDOS S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión del *a quo* de declarar ineficaz la afiliación inicial al RAIS realizado por la demandante en el año 1998 a través de la AFP COLFONDOS S.A., y por ende su posterior traslado a la AFP PROTECCIÓN S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES y frente a las cuales el *a quo* determinó que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe a trasladar a COLPENSIONES, los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los recursos destinados al pago de seguros previsionales y que además COLFONDOS S.A. debe trasladar también a COLPENSIONES los gastos de administración y comisiones que hubiere percibido durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo, encuentra esta superioridad que tal decisión no se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, y por ende debe ser **ADICIONADA**, en el sentido de indicar que la devolución que debe realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES, deberá incluir no solo el valor de las cotizaciones obligatorias, rendimientos, gastos y comisiones de administración, sino también los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones de la demandante, que fueron

destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Igualmente se adicionará la sentencia de primera instancia, en el sentido, COLFONDOS S.A. deberá trasladar a COLPENSIONES no solo los gastos y comisiones de administración, sino sino también los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones de la demandante durante el tiempo en que permaneció allí afiliada, que fueron destinados al pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir que ambas AFP deberán devolver a Colpensiones el 100% de las cotizaciones de la demandante, sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este**, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Contrario a lo manifestado por la apoderada de PROTECCIÓN S.A. en la apelación, la Corte Suprema de Justicia ha explicado, 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 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 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 cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Teniendo en cuenta lo anterior, contrario a lo argumentado por la apoderada de PROTECCIÓN S.A. en su recurso de alzada, 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 las AFP demandadas, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, que 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.

Ahora, respecto de la devolución a COLPENSIONES de los bonos pensionales ordenados por el juez, es necesario indicar que en tal decisión resulta desacertada, al menos en lo atinente al bono pensiona tipo A, toda vez que al ser ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS, no se origina el derecho a este tipo de bono pensional, y por tal razón, en el hipotético caso que el referido bono hubiese sido pagado, se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, 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.

Ahora, respecto de la afirmación que realiza el apoderado de COLPENSIONES en sus alegatos sobre la imposibilidad de traslado de régimen, derivada de la restricción temporal 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.

Finalmente, se afirma en el recurso de alzada de COLPENSIONES, que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Respecto del anterior argumento, se ha de manifestar, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que la actora estuvo afiliada al RPM era beneficiaria de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las normas legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues a este principio el que se tiene que someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

De otra parte, el hecho que la actora regrese al RPM administrado por COLPENSIONES, no necesariamente le va a causar una carga financiera a esta entidad, o mejor a los recursos del fondo común de los afiliados, por un mayor monto de la pensión en el RPM, pues en primer lugar no se encuentra probado en el proceso, que la pensión en el RPM vaya a ser superior a la del RAIS, y en segundo lugar el monto de la pensión de vejez, tanto en el RAIS como en el RPM depende de muchas situaciones de hecho ciertas, y de voluntad del afiliado, que no están plenamente

probadas en ese proceso, y otras que incluso pertenecen al mundo del azar, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en que el monto de la pensión en el RAIS sea reducido, o si por ejemplo en el RPM por azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando como independiente con el IBC en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

Pero, es más, eventualmente pudiera suceder que un afiliado al RPM, fallezca sin que tengan beneficiarios que legalmente puedan acceder a las prestaciones de sobrevivientes y en tal caso, los dineros de sus cotizaciones, queden en el fondo común de COLPENSIONES. También puede suceder que el afiliado no alcance a obtener la pensión de vejez, sino la indemnización sustitutiva, la que es evidentemente inferior al monto de las cotizaciones con sus rendimientos. Igualmente puede ocurrir, que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener beneficiarias de una pensión de sobrevivientes, y que los dineros con los que contribuyó al fondo común no se hayan agotado, caso en el cual el saldo no utilizado queda perteneciendo al fondo común, lo que no pasa en el RAIS, pues los dineros deben ser entregados a los herederos

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y consultada será CONFIRMADA, ACLARADA y ADICIONADA en los términos anteriormente expuestos.

COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y de COLPENSIONES por haber resultado vencidas en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000 de la que responden las condenas en costas cada una por el cincuenta por ciento.

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 22 de abril de 2021 proferida por el JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARÍA DEL PILAR ACEVEDO GÓMEZ**, contra **COLPENSIONES**, y las sociedades **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, **ADICIONÁNDOLA** en el sentido de indicar que la devolución que debe realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES, deberá incluir las cotizaciones obligatorias, con sus rendimientos o intereses, así como las comisiones de administración, incluidos los porcentajes destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir, el 100% de las cotizaciones de la demandante, sin descuento de ninguna índole.

Igualmente se ADICIONA la sentencia de primera instancia, en el sentido que COLFONDOS S.A. deberá trasladar a COLPENSIONES, las comisiones de administración, incluidos los porcentajes destinados al pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia, en el sentido que en el evento que se hubiese pagado bono pensional tipo A, a favor de la demandante, la devolución del importe del mismo, debe efectuarse al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y de COLPENSIONES. Las agencias en derecho las estima el ponente en la suma de \$1.000.000 de la que responden las condenas en costas cada una por el cincuenta por ciento.

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: **102a4741357f90f8e1b429bbdd0a557d7045cc0f63eb4bc4928426cc43eaaad82**

Documento generado en 14/07/2022 02:26:33 PM

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