

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veinticinco (25) de agosto 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 PATRICIA OSORIO DÍAZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y la sociedad **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-002-2019-00502-01.

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 y/o nulidad de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por COLPENSIONES y como consecuencia de lo anterior se condene a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la pensión de vejez a partir de la fecha en que acredite el requisito de edad, con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de las condenas.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, relata la actora que comenzó a efectuar cotizaciones en el ISS hasta septiembre de 1998, fecha en que tenía cotizadas 362,14 semanas.

Indica que se trasladó del RPM administrado por el ISS al RAIS, para COLFONDOS S.A., desde septiembre de 1998 sin contar con la información suficiente que avalara dicha decisión.

Manifiesta que ha solicitado a las demandadas su traslado al ISS hoy COLPENSIONES como fondo de pensiones y el retiro y desafiliación del fondo de pensiones COLFONDOS S.A., pero ambas administradoras demandadas han negado el traslado requerido por ella.

Indica que los asesores de COLFONDOS S.A. no le suministraron la información adecuada, suficiente y cierta para que su traslado estuviera precedido de una libertad informada, no le brindaron la información debida acerca de las graves consecuencias del traslado y todos siempre le manifestaron que en los fondos privados se pensionaría mejor que en el ISS y e incluso anticipadamente debido a los rendimientos financieros que produciría su cuenta de ahorro individual, que siempre sería mejor que en el ISS y dicha entidad se iba a acabar, no le indicaron información adicional consistente en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, con el fin de obtener una pensión anticipada; esto es, se le indujo en error a efectos de producir su traslado al RAIS.

Aduce que, ante la falta de libertad informada, su traslado al RAIS es ineficaz y nulo, porque fue mediante información no veraz, incompleta y completamente desfavorable a sus intereses que tomó tal determinación, motivo por el cual se debe declarar la ineficacia o nulidad del traslado.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y condenando en consecuencia a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores acumulados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos, ahorros voluntarios del art. 62 de la Ley 100/93, con excepción únicamente de los dineros descontados por cuotas de administración, ordenando además a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante en el RPM y a recibir los dineros que le sean trasladados por COLFONDOS S.A.

Para fulminar condena en lo que tiene que ver con la ineficacia del traslado, 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 y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes pensionales, 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, y señalando además que el traslado entre administradoras del mismo régimen no convalida la falta de información al momento del traslado, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Indicó que conforme la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, COLFONDOS S.A. se encuentra en la obligación de devolver a Colpensiones, todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones completas, bonos pensionales, aportes voluntarios, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado, exceptuando de dicha devolución los dineros descontados por concepto de administración de la cuenta, señalando respecto de estos últimos que no puede desconocerse que COLFONDOS S.A. realizó una debida administración de los recursos de la demandante y generó unos rendimientos que superan por mucho lo que hubiese producido el dinero de haber ingresado al RPM, y por tal razón ordenar también la devolución de esas cuotas de administración, generaría un enriquecimiento sin causa para Colpensiones y un empobrecimiento para el patrimonio del fondo privado, señalando además que el descuento que se realizó fue por ministerio de la Ley.

Finalmente, En lo que tiene que ver con la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar dicha prestación, señalando que para la liquidación de la prestación esta entidad deberá dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la referida ley 100 de 1993, y autorizó además el descuento en salud sobre las respectivas mesadas pensionales.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por la apoderada de COLPENSIONES en lo concerniente a los gastos de administración y seguros previsionales, indicando que el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, establece la distribución de los porcentajes de cotización de los afiliados al RAIS, y señala para los efectos pertinentes que un 3% del ingreso base de cotización será destinado a financiar los gastos de administración, la prima de seguros de Fogafín y la prima de los seguros de invalidez y sobreviviente, así mismo el artículo 39 del Decreto 656 de 1994 define la cuota de administración de la que se apropia la administradora del RAIS como aquella que constituye ingresos de las sociedades que administran fondos de pensiones las comisiones de administración a que tienen derecho.

Indica que antes de la expedición de la Ley 797 de 2003, y de conformidad con la Resolución 2549 de 1994, la cuota de administración de estas entidades no era el 3.5%, en ese orden de ideas, las cuotas de administración que cobran las administradoras del RAIS es un ingreso propio en favor de la generación del ingreso de su patrimonio, en virtud de la afiliación realizada por la cotizante al sistema general de pensiones, destacando el hecho que si la misma se declara ineficaz y/o nula en virtud a una afectación de la selección libre y voluntaria del régimen pensional, o por faltarle un requisito de existencia o validez, todo ello en atención a las directrices de la Corte Suprema de Justicia en su sala laboral desde la Sentencia C- 31989 del 2008.

Manifiesta que, sobre la obligatoriedad de los recursos previstos como cuotas de administración, la sala laboral de la CSJ en Sentencia 46292 expediente 17595 de 2017 ha sostenido, que la administradora de pensiones del RAIS tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación que se hubieren causado. Adicionalmente trae a colación la Sentencia SL 2877 de 2020 mediante la cual se ordenó el traslado de cuotas de administración y garantía de pensión mínima.

Indica que los anteriores conceptos deberán ser devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados al momento del traslado de los recursos correspondientes.

Frente a la pensión solicita que se absuelva a COLPENSIONES del reconocimiento de esta, para que COLPENSIONES tenga la posibilidad de estudiar de manera real y viable el reconocimiento de la pensión de vejez y para proceder al estudio de la misma, finalmente le solicita al Tribunal Superior de Medellín revocar de manera total la sentencia proferida en primera instancia.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, únicamente la apoderada de Colpensiones allegó escrito de alegatos, el que se transcribe textualmente a continuación:

“Sea lo primero solicitarle analizar señores Magistrados, lo referente a la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador consagrado 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 y estableció claramente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez, supuesto jurídico en el cual nos debemos basar en el caso en concreto toda vez que las partes demandantes solicitaron el traslado posterior al cumplimiento de la edad limítrofe establecida, por un descuido imputable al mismo. Motivo por el cual ahora se pretende la declaración de ineficacia por la parte demandante al ver que no le queda otra alternativa conforme a los supuestos normativos ya referenciados y por tal decidió optar por demanda bajo la figura jurídica que hoy nos ocupa la cual fue creada con el ánimo de proteger a la personas realmente afectadas y convirtiéndose a hoy en el camino de salida para todos aquellos que tomaron una decisión en su momento y que al considerarla no acertada patrimonialmente pretenden sanearlo, y que es claro que el único interés recae sobre el beneficio económico que se puede obtener el régimen de prima media al momento de pensionarse, lo que claramente no es un fundamento legal para que se concedan la pretensiones invocadas tal y como lo hizo el juzgador en primera instancia.

Ahora bien, la ineficacia invocada recae sobre un presunto error al que la parte actora fue inducida en razón a su desconocimiento, para lo cual se solicita a la sala tener de presente que el error, fuerza y dolo, es decir, los vicios del consentimiento deben ser probados, no simplemente referenciarse que los mismos se presentaron. La ineficacia de traslado invocada carece de viabilidad, la mera afirmación de la parte actora de lo que aconteció hace tantos años al momento de su traslado al régimen de ahorro individual no puede ser tomado como cierto absolutamente ya que han pasado muchos años y se desconoce qué fue lo que realmente aconteció, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ese traslado y mas aunque no se cuenta con la presencia del respectivo asesor del fondo privado, tomar una decisión en dicha magnitud resulta incluso arbitrario y contravía principios legales y constitucionales como la seguridad jurídica y el debido proceso, está establecido como regla general en derecho que la buena fe se presume y la mala fe se prueba y en el caso en concreto no quedo probada mala fe por ninguna de las partes.

Durante el curso del proceso se observó que la parte actora es una persona plenamente capaz según el artículo 1503 del Código Civil, ya que en el plenario no se acreditó lo contrario, que la misma bajo sus facultades de forma libre y espontánea suscribió una afiliación considerando que sería más favorable pensionarse con el fondo privado y posteriormente al enterarse de que había perdido beneficios procede a reclamar unos derechos como se indicó anteriormente bajo una modalidad judicial creada por nuestro legislador para las personas verdaderamente perjudicadas.

Ahora bien, en el evento que se declare la ineficacia de la afiliación, se solicita señores Magistrados se ordene al fondo privado la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón a la afiliación que se está declarando ineficaz, lo anterior a raíz de que si el afiliado no va a hacer uso del fondo es claro que no tiene que quedarse el mismo con ningún monto máxime teniendo presente que el traslado efectuado se declaró ineficaz por lo que los efectos surtidos quedan sin valor alguno; igualmente, es importante señores Magistrados tengan presente al momento de fallar que la entidad que represento es de orden público y va entrar en un detrimento patrimonial si debe reconocer una pensión de vejez sin recibir todos los rubros válidamente cotizados por el afiliado en el tiempo que duro su vínculo con el régimen de ahorro individual.

Sobre la obligatoriedad de los recursos previstos como cuotas de administración, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia reciente, con número de radicación 46292 expediente SL 17595 del 18 de octubre de 2017, Magistrado ponente FERNANDO CASTILLO CADENA, ha sostenido:

“la administradora de pensiones del régimen de ahorro individual tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor que fue anulada, con todos sus intereses y rendimientos que se hubieren causado”

Y sobre los demás montos cancelados por el afiliado en razón de la afiliación al rais, ha adoctrinado la sala civil de la H. Corte Suprema de Justicia, tanto bien se declare la ineficacia de un acto jurídico o la nulidad de éste, 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).

Sobre el particular, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, en sentencia del 14 de agosto de 2019, radicación 76284, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, expuso lo siguiente:

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, la sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)»

Hago referencia también a la sentencia reciente, SL 2877 de 2020 Radicación N. 78 667 Magistrada ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: *mediante la cual se ordena el traslado de cuotas de administración y garantía de pensión mínima.*

Los anteriores conceptos, deberán ser devueltos a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, debidamente indexados al momento del traslado de los recursos correspondientes, atendiendo la fórmula que para los efectos ha previsto departamento administrativo nacional de estadística DANE, así:

$vr = vh \times (ipc \text{ actual} / ipc \text{ inicial})$

vr: corresponde al valor a reintegrar.

vh: monto cuya devolución se ordenó inicialmente.

ipc: índice de precios al consumidor.

Para lo anterior se solicita tener presente que cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado (según se advierte en las sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 Y CSJ SL1421-2019, rad. 56174) hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir:

i) recursos cuenta individual de ahorro, ii) cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, iii) rendimientos, iv) anulación de bonos pensionales, v). porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

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, motivo por el cual se reitera la solicitud de devolución de todos los rubros.

En caso de salir adelante las pretensiones formuladas por la demandante se solicita al despacho, se ordene al fondo privado la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón a la afiliación.

Frente al reconocimiento de la pensión de vejez, se solicita a los señores Magistrados se revoque la decisión, y se le permita a la Administradora Colombiana de Pensiones-“Colpensiones”, la posibilidad de estudiar de manera real y viable el reconocimiento a la pensión, toda vez que solo hasta la sentencia de primera instancia se declaró que procede la ineficacia de traslado y permitirle la posibilidad de que realice con el estudio de la prestación. Adicionalmente la entidad (Colpensiones) no fue quien indujo en error al demandante para trasladarse de régimen pensional, ya que no fue quien omitió el deber de información.

Así las cosas, se solicita declarar prosperas las excepciones presentadas por la entidad que represento y por tal improcedentes las peticiones de la demanda por no ser procedente la ineficacia invocada y, en segundo lugar, de forma subsidiaria se solicita en el caso de prosperar la ineficacia, se ordene la devolución de todos los rubros percibidos por el fondo privado sin importar el concepto a que se refieran en razón a las cotizaciones efectuadas por la parte actora.

Por lo anterior solicito señores magistrados se revoque el fallo que profirió el juez de instancia.”

5. PROBLEMA JURÍDICO A 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.

De confirmarse la decisión de declaratoria de ineficacia ante referida, habrá de establecerse en sede de apelación y de consulta en favor de Colpensiones, se si la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez y en caso afirmativo, los términos en que dicha prestación debe ser reconocida.

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 en el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de COLPENSIONES, y se consultará la sentencia en favor de esta 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.

En el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folios 24 y 25 del documento 01 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS COLFONDOS S.A. el 2 de mayo de 1994 como se prueba con el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 23 del 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 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad, o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP

PROTECCIÓN S.A. en el año 1994 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 00:53:45 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 04 del expediente digital), no se encuentra que, además de indicar que el asesor de COLFONDOS S.A. le manifestó que debía cambiarse a un fondo privado, toda vez que el ISS no iba a continuar funcionando, ésta haya confesado que la AFP COLFONDOS S.A. le hubiere brindado 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, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, 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 el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP COLFONDOS 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 COLFONDOS S.A. debe a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores acumulados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos, ahorros voluntarios del art. 62 de la Ley 100/93, con excepción únicamente de los dineros descontados por cuotas de administración, encuentra la Sala que, como bien lo sustentó la apoderada de Colpensiones en su

recurso de apelación, la orden impartida por la *a quo*, no se encuentra del todo 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 COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo el valor de los aportes más los rendimientos financieros o intereses, sino también los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones de la demandante que fueron destinados al pago de primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes, al pago de la prima de reaseguro de Fogafín, y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir, el 100% de la cotización, 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 dlla 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 cuando 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 deba 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, y ahorros voluntarios ordenados por el juez, es necesario indicar que en lo concerniente a los bonos pensionales que pudieran haberse pagado a favor de la actora, tal decisión resulta desacertada, al menos en lo atinente al bono pensional tipo A, toda vez que al ser ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional tipo A, y por tal razón, en el hipotético caso que el referido bono hubiese sido pagado de manera anticipada, lo cual no se encuentra acreditado en el plenario, se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

De otra parte, en lo que tiene que ver con los aportes voluntarios a pensiones, no se advierte de la documentación obrante en el plenario que la actora haya realizado cotizaciones voluntarias mientras estuvo afiliada al RAIS, sin embargo existe la posibilidad que tales aportes voluntarios a pensiones se hayan realizado, los que, en todo caso, no pueden ser considerados para obtener la pensión en el RPM, toda vez que en este régimen pensional, la pensión, al menos desde la vigencia del Decreto 1406 de 1999, su Art. 30 prohíbe al trabajador dependiente aumentar la cotización con cotización voluntaria por ingresos como independiente, por lo que las pensiones en el RPM, solo se reconocen con las cotizaciones obligatorias como trabajador dependiente, sin que sea posible mejorar el ingreso base de cotización y así el IBL con cotizaciones voluntarias como independiente, y por ello las cotizaciones voluntarias que haya podido realizar la actora, no deben ser entregadas a COLPENSIONES, por lo que dicho aspecto de la decisión debe ser revocada.

Respecto del argumento expuesto por la apoderada de Colpensiones en su escrito de alegaciones sobre la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende la demandante, sino la nulidad o ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

De otra parte, en lo concerniente a la solicitud elevada por la apoderada de COLPENSIONES en el recurso de apelación, en el sentido que se ordene la devolución indexada de las cuotas de administración, del porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, encuentra la Sala que en la contestación de la demanda, a folio 86 del documento 01 del expediente digital, Colpensiones efectuó solicitud en tal sentido, por lo que este asunto hace parte del litigio en este proceso, indexación que es procedente, pues el porcentaje descontado de la cotización para comisiones y gastos de administración, incluido el porcentaje de seguros previsionales y el porcentaje para el fondo de garantía de pensión mínima no han devengado los rendimientos del resto del porcentaje de la cotización que sí fue al cuenta de ahorro individual de la actora, por lo que es justo equitativo que sean devueltas indexadas.

Como bien lo referenció Colpensiones al proponer la excepción, respecto de la forma de devolución del porcentaje de cuota de administración incluido el de seguros

previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima, la SCL de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1689-2019 indicó lo siguiente:

“Está probado que la AFP accionada trasladó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que el demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 127), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, de los cuales, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

En tal sentido, se condenará a la AFP accionada a la devolución de estos dineros, debidamente indexados.”

En razón a lo anterior, se ordenará que los porcentajes destinados a comisiones o gastos de administración, incluido el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sean reintegrados a COLPENSIONES debidamente indexados.

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

En cuanto a la condena al reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, solicita la recurrente que se absuelva a COLPENSIONES del reconocimiento de dicha prestación, para que la entidad tenga la posibilidad de estudiar de manera real y viable el reconocimiento de la pensión de vejez.

Al respecto debe señalar primeramente la Sala que habiéndose declarado la ineficacia del traslado de la accionante al RAIS, el derecho que tenga esta a la prestación de vejez, debe analizarse con los requisitos legales del sistema general de pensiones, consagrados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la ley 797 de 2003, por no ser esta beneficiaria de la transición del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, norma que exige como requisitos para obtener la citada prestación, en el caso de las mujeres, contar con 57 años de edad y 1300 semanas cotizadas.

Por otra parte, debe hacer énfasis esta superioridad que, si bien como lo afirma el apoderado de Colpensiones, dicha entidad no tuvo la oportunidad de estudiar en sede administrativa la solicitud de la demandante, pues no se advierte que la demandante haya agotado la reclamación administrativa de que trata el artículo 6º del CPT y de la SS, lo cierto es que tal irregularidad quedó subsanada al no ser alegada por Colpensiones en el momento procesal oportuno.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la señora OSORIO DÍAZ, al haber nacido el 17 de septiembre de 1962, como se prueba con la copia de su registro civil de nacimiento que milita a folio 14 del expediente, acredita que arribó a la edad mínima pensional de 57 años el mismo día y mes del año 2019, y que además cuenta con más de **1.300 semanas cotizadas** según la historia laboral más actualizada aportada por COLFONDOS S.A., visible a folios 28 a 44 del expediente.

Ahora, como bien lo concluyó el *a quo*, el disfrute de la prestación tendrá lugar a partir del día siguiente al que la actora acredite ante Colpensiones su desafiliación del sistema pensional bien sea tácitamente desde su última cotización, o con el retiro expreso, como lo establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el que estipula lo siguiente:

“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.” (subrayado agregado)

En consecuencia, le asiste razón al *a quo* al condenar a COLPENSIONES a reconocer y a pagar a el demandante la pensión de vejez, pero solo cuando se acredite el retiro definitivo o la última cotización al sistema pensional, de modo que, en este punto también se confirma la decisión del juez de primera instancia, al igual que los parámetros fijados para realizar la liquidación de la pensión en su momento y el número de mesadas a cancelar, pues como bien lo manifestó el fallador de instancia, la pensión reconocida a la actora se causó en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011, conforme a la citada norma constitucional, se reconoce con trece mesadas al año.

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

Sin COSTAS en esta instancia al haber salido avante el recurso de apelación de Colpensiones.

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 1º de marzo de 2021 proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso promovido por **GLORIA PATRICIA OSORIO DÍAZ** contra **COLPENSIONES**, y **COLFONDOS S.A.**, **MODIFICÁNDOLA** en el sentido de DECLARAR que la devolución que debe realizar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES, deberá incluir el valor de los aportes obligatorios con sus rendimientos financieros o intereses, así como los gastos o cuotas de administración, incluidos los porcentajes destinados al pago de primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes, al pago de la prima de reaseguro de Fogafín, y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir, que deberá devolver a Colpensiones el 100% de la cotización, sin descuento de ninguna índole. Igualmente, la devolución incluirá el importe de bono pensiona distinto al tipo A que se hubiere pagado a favor de la demandante.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes por EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, 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: **e54e0eb022897f95730cff4005bc1d57de06925b627bb62194650a479365d60d**

Documento generado en 25/08/2022 02:32:07 PM

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