

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 **CARMEN OSIRIS RAMÍREZ PALACIO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-015-2019-00340-01.

AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad RST ASOCIADOS PROJECT S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de Colpensiones en este proceso y con la Escritura Publica N° 1326 del 11 de mayo de 2022 y el Certificado de existencia y representación legal de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de PORVENIR S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada ANYTA CAMILA MOSQUERA BETANCOURT, portadora de la T.P. 340.503 del C. S. de la Judicatura, para que represente a Colpensiones en este proceso como apoderada sustituta y a la abogada MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ, portadora de la T.P. 359.508 del C. S. de la Judicatura, para que represente a Colpensiones en este proceso como apoderada sustituta.

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

1. ANTECEDENTES:

En lo que interesa resolver a esta instancia, la demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la 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.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora, que inició su relación laboral en el municipio de Apartado en julio de 1982 afiliada al extinto ISS, y en septiembre de 1996 la AFP hizo un traslado de régimen, que no le fue consultado.

Expone que la AFP PORVENIR S.A. no fue precisa al momento de afiliarla ya que no le brindó una información real acerca de cuál sería una proyección estimada de la mesada pensional en dicho régimen, no le explicaron los riesgos y beneficios que corría al estar afiliada al RAIS ni tampoco le dieron a conocer los riesgos y beneficios que podría tener al estar en el RPM, no le informaron que el monto de la mesada pensional solo obedece al capital ahorrado en el RAIS, concluyendo que PORVENIR S.A incurrió en una omisión al no haberle dado la información suficiente que le permitiera tomar la mejor decisión.

Aduce que si PORVENIR S.A le hubiera informado el panorama económico que podía presentarse cuando se hiciera efectivo su derecho pensional ella en su sana lógica no hubiera tomado la decisión de afiliarse al RAIS.

Indica que el 28 de agosto de 2008, presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES en la cual solicito el traslado de régimen, sin obtener respuesta alguna por parte de esta entidad.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y condenando en consecuencia a la AFP a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, sin incluir otros conceptos ni cuotas de administración, condenando además a COLPENSIONES a recibir dichos dineros y a reactivar a afiliación del actor en el RPM.

Para fulminar condena, la *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, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a los afiliados al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de PORVENIR S.A. que haya cumplido con su 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 ese consentimiento informado la suscripción del formulario de afiliación, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado de la demandante a la AFP PORVENIR S.A.

En lo que tiene que ver con las sumas que deben ser devueltas a COLPENSIONES como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, señaló que únicamente deben trasladarse los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin incluir las cuotas de administración u otro concepto, ello por cuestiones de equidad y proporcionalidad, y porque tal condena es una medida excesiva que resquebrajaría el principio de solidaridad que debe informar al sistema pensional.

Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción al considerar que, la validez del traslado de régimen se trata de un derecho íntimamente ligado a la pensión, mismo que es un derecho fundamental imprescriptible y condenó en costas a las entidades demandadas, incluyendo a COLPENSIONES por haber sido vencidas en juicio, señalando que la condena en costas es objetiva y que todas las entidades presentaron oposición a las pretensiones de la demanda.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por el apoderado de COLPENSIONES quien solicita que la misma sea revocada, indicando que COLPENSIONES es un tercero ajeno al negocio jurídico declarado como ineficaz que sin haber participado en el trámite de traslado, ahora sea quien tenga que afrontar la carga de la pretensión.

Adicionalmente aduce que atendiendo al principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones previsto el acto legislativo 01 de 2005, en lo referente a

las cuotas de administración y demás rubros de la cuenta individual de ahorro si el Tribunal Superior ratifica que la ineficacia del traslado fue ocasionada por la conducta indebida de las AFP privadas, son estas quien deben 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 sea por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro de individual o los gastos de administración en los que hubiere incurrido los cuales deben ser asumidos por las administradoras a cargo de su propio patrimonio, de conformidad con lo indicado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 31989 del 9 de septiembre de 2008 MP Eduardo López Villegas la cual señala que:

“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 lo dispone el artículo 1746 del código civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado”.

Manifiesta que en lo que respecta a las costas procesales no tiene soporte una condena por decretarse la ineficacia del traslado, pues dicha entidad obra de buena fe y actúa según ordena las características filosóficas de sus funciones sin que pueda ejecutar hechos prohibidos por la ley o contrarios a su reglamento como sucedería en el caso en concreto.

Aduce que en ese sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en el expediente 10918 de 1999 sentencia con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque la cual señala que:

“Es claro que el legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quien están las costas del proceso y por lo tanto no la ausencia de razón o posición lo que hace sujeto a la parte si no su conducta abusiva que implica un desgaste para la administración.”

Finalmente indica que a lo largo de todo el proceso se logra constatar que el actuar de COLPENSIONES ha sido de buena fe y nada tuvo que ver con la ineficacia del traslado por lo que solicita al Tribunal sea revocada la sentencia.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. allegaron escritos de alegatos de conclusión, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Cabe resaltar, que la señora CARMEN OSIRIS RAMIREZ PALACIO, en la actualidad cuenta con 59 años de edad, toda vez que nació el 12 de octubre de 1962, y si traemos a colación lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, “Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, 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, requisito que la demandante ya no cumple.

Ahora bien, en cuanto a la pretensión de declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS (AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.) y consecuentemente se ordene la afiliación o reactivación de la afiliación al RPMPD hoy a cargo de COLPENSIONES, solicito al Tribunal, tener presente al momento de proferir la sentencia, lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en donde se estableció el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano. En consecuencia, la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la reactivación de su afiliación, afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia T-489 de 2010 donde señaló:

“Existe plena libertad para que los afiliados se inscriban en cualquiera de los dos regímenes y para trasladarse del uno al otro. La única restricción acatada por la jurisprudencia constitucional, que se desprende del artículo 48 de la Constitución Nacional en el cual está sólidamente afincada, obliga al Estado a “garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional”. En virtud de esta disposición se explica la presencia de los incisos 4º y 5º del artículo 36 cuando establecen como excepción que: “Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen. Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida. Restricción que, como se vio, persigue evitar el detrimento económico a que, en particular, se ve sujeto el régimen de prima media. En este contexto económico financiero la Sala rescata y

apoya las medidas de orden legal avaladas por la Corte Constitucional para garantizar la solidez financiera del sistema pensional como son: El cumplimiento en un 75% de las cotizaciones, hasta completar los 15 años. La posibilidad de retornar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero con la obligación de llevar a él la totalidad del ahorro realizado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), sin que este ahorro sea inferior al que se hubiera alcanzado al permanecer en el de Prima Media con Prestación Definida. La prohibición de cambiarse de régimen para personas a quienes les falten diez (10) años o menos para alcanzar la edad de pensión de vejez. La obligación de permanecer en el régimen que se escoja, durante cinco (5) años y no tres (3), como lo autorizaba el artículo 13 de la Ley 100, antes de cambiarse de régimen, por una sola vez. (Ley 797-03, art. 2º).

Así las cosas, el principio de sostenibilidad financiera 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 de la demandante.

Ahora, en cuanto al tema de la información brindada por el fondo al momento de realizar el traslado sería prudente entrar a valorar la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado y no imponerles a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

Finalmente, si es decisión del despacho conceder las pretensiones de la demandante, solicito respetuosamente tener en cuenta que Colpensiones como Administradora del Régimen de Prima Media, fue un tercero ajeno al contrato celebrado entre la señora CARMEN OSIRIS RAMIREZ PALACIOS, y las AFP codemandadas; por lo cual solicito respetuosamente no haya condena alguna para la entidad que represento, como también solicito condenar a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del Despacho.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

“II. PUNTOS MATERIA DE CONFIRMACIÓN.

Se solicita al honorable Tribunal, se sirva confirmar la sentencia de prima instancia, en cuanto a la absolución que se hizo a mi representada del traslado de los gastos de

administración, ello porque, en primer lugar, es importante señalar que toda decisión judicial o administrativa de traslado de régimen pensional debe tener en cuenta el objetivo constitucional de estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional, pues no es viable efectuar traslados sin el monto de aportes necesarios en cada régimen; en segundo lugar, el mantenimiento del orden legal, por lo que es imperioso hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar o conceder solicitudes de traslado aun cuando los demandantes no cumplan los requisitos legales; y, en tercer lugar, las decisiones deben apoyarse en criterios técnicos que determinen que no se generará una afectación al Régimen de Prima Media con prestación Definida, esto último, a la luz de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

En lo que tiene que ver puntualmente con el traslado de recursos entre los regímenes pensionales, la superintendencia financiera ha manifestado que deben efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, que lo es el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008. Esta disposición normativa debe aplicarse en todos los casos en que, por cualquier circunstancia, sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que, desde luego, incluye las restituciones que deben hacerse cuando se ordene la nulidad o la ineficacia del traslado.

Así las cosas, en el presente caso es claro que los descuentos efectuados por mi representada en su momento cumplieron a cabalidad con el objetivo y la destinación legal, por lo que los mismos no se encuentran en el patrimonio de esta. Lo anterior en la medida en que dichos descuentos fueron utilizados para la generación de frutos o rendimientos a favor de la parte demandante.

En efecto, cuando el legislador impuso a las Administradoras de Fondos de Pensiones las obligaciones consagradas en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994 fue precisamente con la finalidad de lograr los objetivos de salvaguardar el patrimonio de la afiliada para que sirva al cumplimiento de la finalidad a la que se encuentra afecto, esto es, servir para la financiación de la pensión de vejez.

Desde esa perspectiva, resulta alejado del funcionamiento del RAIS considerar como un deterioro al patrimonio de la afiliada la erogación correspondiente a los dineros que se destinan a cubrir los costos en que incurre la AFP para desarrollar las actividades tendientes al cumplimiento de sus obligaciones, cuyo objeto no es otro que la conservación de los recursos entregados por aquél.

Por todo lo antes expuesto, en caso de mantener la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de la parte actora, la confirmación de la condena a

trasladar solamente los aportes efectuados por la accionante, junto con sus rendimientos financieros e intereses.

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.

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 COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta misma 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 actora, habiendo estado afiliada al régimen pensional de prima media administrado por PENSIONES DE ANTIOQUIA hasta el 30 de junio de 1995, según la historia laboral válida para bono pensional emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, visible a folios 199 y 200, se afilió a la administradora del RAIS COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 12 de septiembre de 1996, trasladándose posteriormente a la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. el 22 de abril de 2001, como se anota en certificado SIAFP que milita a folio 188 (parte 2 del Documento 01 del expediente digital).

De otra parte, de acuerdo a la citada historia laboral válida para bono pensional que milita a folio 199 y 200 del expediente, se advierte que en su condición de empleada publica vinculada a una entidad del orden territorial como el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 entró en vigencia, en su caso, el día 30 de julio de 1995 y en tal sentido, para dicha calenda ostentaba la condición de beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la citada Ley 100 de 1993, dado que contaba con más de 35 años, pues nació el día 12 de octubre de 1959, en virtud de lo cual podía acceder a la pensión de vejez bajo las reglas pensionales de los regímenes anteriores aplicables en su caso, esto es, la Ley 33 de 1985 con la que obtenía la pensión con 55 años de edad y 20 años de servicios, o con la ley 71 de 1988.

Mientras que, trasladándose al RAIS, la demandante, alcanzaría la pensión en la fecha de redención normal del bono pensional y en un monto incierto, situación respecto de la cual no obra prueba en el plenario, que haya sido analizada e informada detalladamente al demandante al momento de la asesoría por parte del promotor de la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. Además, debe tenerse presente que incluso en el RAIS, para acceder a la garantía de pensión mínima en caso de no tener el capital suficiente para financiar una pensión, se requiere un mínimo de 1.150 semanas cotizadas, en cambio en el RPM por virtud de transición la podía adquirir con 20 años de servicios equivalente 1.028 semanas.

Conforme a lo anterior, es evidente que, si a la demandante se le hubiera efectuado francamente la explicación antes relatada, no hubiera tomado la decisión de afiliarse al RAIS, pues las reglas de la experiencia y la lógica nos enseñan que nadie va a arriesgar un derecho del que tiene una expectativa cierta y más fácil de alcanzar, para aventurarse en obtener el mismo derecho en condiciones manifiestamente desventajosas y más difícil de conseguir.

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 00:16:55 del CD que contiene el video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (Documento 07 del expediente digital), no se advierte que además de indicar que el asesor de COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. le manifestó que el sí tenía un hijo podría dejarle los fondos a ese hijo y que en caso tal de que quisiera retirarse, en ese momento le entregarían su plata, esta haya confesado que el asesor de la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN 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, como bien lo sostuvo la *a quo*, 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 PROTECCIÓN S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1996 cuando se trasladó del RPM administrado por la PENSIONES DE ANTIOQUIA a la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.

De otra parte, es importante señalar que si bien la demandante estuvo vinculada a PENSIONES DE ANTIOQUIA hasta el 30 de junio de 1995, confesó al rendir su interrogatorio de parte, que a partir de dicha calenda y hasta la fecha de su afiliación a la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. en 1996, estuvo desempleada, motivo por el cual, pese a que esta Sala de vieja data ha considerado que la reactivación de la afiliación al RPM sin solución de continuidad de aquellas personas que al momento de su traslado se encontraban afiliados a PENSIONES DE ANTIOQUIA debe llevarse a cabo en esa misma entidad, en este caso en particular considera que el retorno de la demandante al RPM debe producirse a través de COLPENSIONES, dado que PENSIONES DE ANTIOQUIA administra exclusivamente las pensiones de los empleados del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA y por tanto, al haber dejado la demandante de ser empleada de dicha entidad territorial, incluso desde antes de su afiliación al RAIS, no resulta posible que PENSIONES DE ANTIOQUIA administre su pensión, constituyéndose COLPENSIONES en la única administradora del RPM que puede legalmente administrar la pensión de la actora luego de la declaratoria de ineficacia de su afiliación al RAIS, razón por la cual, la decisión de la *a quo* de ordenar el regreso de la accionante al RPM a través de COLPENSIONES y la devolución de los aportes pensionales efectuados en el RAIS, a esta entidad, es acertada y por tanto debe ser igualmente confirmada.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES y frente a las cuales la *a quo* determinó que PORVENIR S.A. debe a trasladar a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, sin incluir otros conceptos ni cuotas de administración, encuentra la Sala que, la orden impartida por la *a quo*, 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 tal razón, tal y como fue solicitado por el apoderado de COLPENSIONES en su recurso de apelación, la misma debe ser ADICIONADA, para en su lugar indicar que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A a COLPENSIONES deberá incluir no solo el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus rendimientos o intereses, sino también el porcentajes destinado a comisiones o cuotas de administración, incluido el porcentaje de primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, de la prima de reaseguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de la cotización de la actora.

De otra parte, PROTECCIÓN S.A. deberá devolver igualmente a COLPENSIONES las sumas que en su momento de descontaron COLMENA S.A. e ING S.A. de las cotizaciones de la demandante referentes a comisiones o cuotas de administración, incluido el porcentaje de primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, de la prima de reaseguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de la cotización de la actora, 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 hubiesen recibido las AFP demandadas 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 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 como lo plantea la apoderada de PORVENIR S.A. en sus alegaciones, 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, 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, en lo concerniente a los argumentos expuestos por el apoderado de Colpensiones en la apelación y en el escrito de alegaciones, en el sentido la sentencia favorable a los intereses de la demandante desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, se ha de manifestar primeramente, 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 norma 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, de 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 beneficiarias 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 acontecer 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.

Ahora, respecto de la afirmación que realiza la apoderada 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.

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.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad que presenta la apoderada de COLPENSIONES con respecto a la condena en costas, debemos remitirnos a la norma legal que a la fecha de la sentencia de primera instancia reglaba lo referente a la condena en costas, la cual es el Artículo 365 del CGP.

“Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.”

el apoderado COLPENSIONES aduce que no tiene soporte una condena por decretarse la ineficacia del traslado, pues dicha entidad obra de buena fe y actúa según ordena las características filosóficas de sus funciones sin que pueda ejecutar hechos prohibidos por la ley o contrarios a su reglamento como sucedería en el caso en concreto.

Analizados los anteriores argumentos, encuentra la Sala que los mismos resultan de recibo, en atención a que Colpensiones no tuvo ninguna responsabilidad en el traslado de régimen pensional de la demandante puesto que no era su obligación prestar la

información debida al momento de la afiliación al RAIS y además, tampoco era la entidad competente para resolver la solicitud de traslado de la demandante debido a la prohibición legal de autorizar dicho traslado vía administrativa, concluyéndose entonces que la convocatoria de dicha entidad al presente proceso fue solo para que corriera con las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en el que no participó, encontrado la Sala procedente la solicitud elevada en el sentido que dicha entidad no deba asumir costas procesales, por lo que se revocará la condena en costas de primera instancia que fue impuesta por la a quo en contra de Colpensiones, para en su lugar absolverla de tal condena.

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

SIN COSTAS en esta instancia por haber salido parcialmente avante el recurso de apelación interpuesto por 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 25 de marzo de 2021 proferida por el JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **CARMEN OSIRIS RAMÍREZ PALACIOS** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., ADICIONÁNDOLA** en el sentido de DECLARAR que la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, deberá incluir las cotizaciones con rendimientos financieros o intereses, y además, las comisiones y gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de la cotización.

Igualmente se DECLARA que la AFP PROTECCIÓN S.A. también debe devolver a COLPENSIONES los porcentajes que en su momento descontaron las AFP COLMENA S.A. e ING S.A. de las cotizaciones de la demandante durante el tiempo en que esta estuvo vinculada a dichas administradoras previo a su traslado a

HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., referentes a las comisiones y de administración, y al porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el porcentaje de la cotización para completar la devolvían del 100%.

SEGUNDO: REVOCAR la condena en COSTAS proferida en primera instancia en contra de COLPENSIONES. para en su lugar absolverla de tal condena e indicar que las costas en primera instancia correrán exclusivamente a cargo de PORVENIR S.A. y de PROTECCIÓN S.A.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

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