

## 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 **MARÍA EUGENIA RESTREPO URIZA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-003-2018-00658-01.

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 nulidad y/o 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 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 junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de las condenas.

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata la actora que nació el 26 de junio de 1959 y se afilió al RPM administrado por el ISS el 26 de febrero de 1981, al que cotizó un total de 428 semanas hasta el año 2001.

Expone que a finales del año 2000, un asesor de Protección S.A. reunió a los empleados de la empresa en la que trabajaba con el fin de explicarles los supuestos beneficios que implicaba el traslado de régimen, indicándoles en dicha reunión que si

permanecían afiliados al ISS corrían de que dicha entidad entrara en quiebra y en cesación de pago de pensiones, mientras que, en el fondo privado ese riesgo era mínimo por la vigilancia que ejercía la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, y en igual sentido el asesor les manifestó que si seguían en ISS y este entraba en liquidación, los afiliados serían reubicados en cualquier fondo a elección del Gobierno Nacional, y que podían acceder a la pensión de vejez sin tener en cuenta la edad, y el monto de su mesada pensional iba a ser siempre superior en el RAIS que en RPM.

Aduce que, en atención a ello, en febrero de 2001 firmó el formulario de solicitud de traslado al RAIS por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A., el cual le fue aceptado a partir del 28 de febrero de 2001, decisión que estuvo motivada en engaños y falsas informaciones, dado que no le explicaron que con los aportes realizados hasta la fecha de su traslado y que con el salario que devengaba para ese momento sería imposible llegar a pensionarse en las mismas condiciones del RPM.

Finalmente, manifiesta que a través de una proyección pensional que le realizó PROTECCIÓN S.A. en el mes de julio de 2018 se enteró que su pensión en el RAIS iba a ser de un salario mínimo legal, mientras que en el RPM dicha prestación ascendería a la suma de \$2.117.355, lo que si se le hubiere informado en su momento, nunca hubiera aceptado el traslado de régimen pensional,

## **2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

El *a quo* despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, pero declarando la ineficacia por inaplicación constitucional del acto jurídico a través del cual la demandante se trasladó del RPM al RAIS, declarando que la AFP PROTECCIÓN S.A. faltó a su obligación de dar información clara, veraz y oportuna a la demandante y que dicha falta de información le causó un daño grave a la demandante en su acceso real y efectivo a la seguridad social, siendo entonces la AFP demandada la responsable del daño causado a la demandante.

Seguidamente el juez, declaró que la demandante tiene derecho a la pensión de vejez base en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 y, en consecuencia, condenó a PROTECCIÓN S.A. a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez bajo las condiciones del RPM, dentro del mes siguiente a la fecha en que esta lo solicite por escrito, adjuntando el certificado de retiro laboral, señalando además que, en un

término de 30 días siguientes al reconocimiento y pago de la pensión, PROTECCIÓN S.A. deberá solicitar a COLPENSIONES la elaboración del cálculo actuarial pensional con miras a la subrogación pensional, el cual deberá liquidar COLPENSIONES e informar su valor a PROTECCIÓN S.A. dentro de los dos meses siguientes a la solicitud, debiendo ser cancelado dicho cálculo por PROTECCIÓN S.A., y a partir del momento en que se pague dicho calculo actuarial COLPENSIONES asumirá el pago de la prestación.

Declaró que COLPENSIONES es un tercero absoluto en el acto jurídico de traslado del RPM al RAIS y en consecuencia absolvió a dicha entidad de todas las pretensiones incoadas por la parte demandante.

Finalmente condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A. a favor de la demandante.

Para fulminar la condena el *a quo* argumentó que la ineficacia de los actos jurídicos en Colombia debe ser declarada cuando una autoridad observa que ha sido violentado un derecho social fundamental. Que cuando la ineficacia de un acto jurídico o la nulidad de ella es declarada por traer efectos adversos a una de las partes, se entra a una institución propia del derecho denominada el principio de relatividad de los actos jurídicos que benefician o perjudican a los que han participado en él, no a los terceros.

Arguyó que COLPENSIONES es un tercero absoluto frente al acto jurídico de traslado, porque ni la constitución, ni la ley le obliga a estar atento a ese acto jurídico y, por lo tanto, las consecuencias negativas de la ineficacia del traslado no tienen por qué recaer en esta entidad y obligarle a reconocer una pensión pues habría un detrimento patrimonial al Estado.

Luego adujo que, las actividades que realizan las administradoras de fondos de pensiones con carácter mercantil financiera, realizan una actividad fiduciaria y que está definido por la jurisprudencia de décadas atrás que en ese contrato no hay una obligación de resultado, pero si ha exigido la ley y la jurisprudencia una obligación de medio que es la de cabal diligencia y asesoría a la persona que realiza el contrato de fiducia. La doctrina lo denomina como la obligación de diligencia debida o de buen consejo y por lo tanto, cuando las administradoras de fondos de pensiones no dan información clara, veraz y oportuna al momento del traslado y a lo largo del proceso, conforme al artículo 10 del Decreto 720 de 1994 son responsables directamente por

los perjuicios, por los daños, por el menoscabo al acceso a la seguridad social en pensiones que traiga el beneficiario, mas no a trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual sino a emitir un título pensional, y si la persona ya ha cumplido la edad obligar a la AFP a pagar la pensión como si fuera del RPM, mediante un cálculo actuarial pensional.

Finalmente concluyó el juez, que no encuentra prueba alguna de que los fondos privados demandados hubieren entregado a la actora una información clara, veraz y oportuna al momento del traslado, y si bien en el proceso se encuentran formularios de afiliación, estos son preformatos que contienen una leyenda interior que no demuestran que se ha hecho el traslado de manera libre y voluntaria, por lo que declaró la ineficacia de la afiliación pero indicó que la consecuencia de esta ineficacia no es la afiliación al RPM porque ya está prohibida al faltarle a la demandante menos de 10 años para pensionarse, por lo tanto la pensión de vejez estará a cargo del fondo privado.

### **3. DE LOS RECURSO DE APELACIÓN:**

La sentencia fue apelada por las apoderadas judiciales de la parte demandante y de Colpensiones, en los siguientes términos:

#### **APELACIÓN DE LA DEMANDANTE.**

La apoderada judicial de la demandante solicita modificar la sentencia emitida por el juez de primera instancia, señalando que la conmutación pensional no resulta viable ya que con la declaratoria de ineficacia las cosas se retrotraen al estado inicial, es así como se debe declarar que la demandante siempre ha estado afiliada al RPM, así mismo, solicita que se ordene trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la recurrente con sus respectivos rendimientos financieros, bono pensional, gastos de administración y comisiones debidamente indexados al momento del traslado

#### **APELACIÓN DE COLPENSIONES.**

La apoderada de Colpensiones solicita revocar lo concerniente a la obligación impuesta a Colpensiones de subrogarse en el pago de la mesada pensional de la accionante, atendiendo a que el retorno al RPM faltando diez o menos de diez años

para alcanzar la edad de pensión debe realizarse atendiendo las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera esto en concordancia con las sentencias C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010, las cuales indican que regresar a Colpensiones en cualquier tiempo descapitalizaría el sistema, y teniendo en cuenta la sentencia T-489 de 2010 considera que no se puede descapitalizar el fondo con personas que no contribuyeron a él y de un momento a otro desean retornar al RPM solo por considerar que las condiciones de pensión en el RAIS son totalmente desfavorables.

#### **4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:**

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, únicamente la apoderada de COLPENSIONES allego escrito de alegatos de conclusión, en los cuales señaló resumidamente lo siguiente:

En la relación que surgió entre la AFP PROTECCIÓN y la Señora MARÍA EUGENIA RESTREPO URIZA, COLPENSIONES es un tercero de buena fe, por lo que la declaratoria de ineficacia del traslado le resulta inoponible a mi representada; a la par que la figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de COLPENSIONES se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS, aunado a que la seguridad jurídica que se deriva de la inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

Ahora, frente a la declaratoria de ineficacia de traslado de la Señora MARÍA EUGENIA RESTREPO URIZA, aunque el juzgador de primera instancia, señala que absuelve a COLPENSIONES de las pretensiones de la Señora MARÍA EUGENIA; es ésta quien en últimas asume las consecuencias de dicha declaratoria, pues debe asumir la carga de que se declare que la demandante continúa inmersa en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

El retorno en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: (i) las expectativas pensionales del afiliado y (ii) la sostenibilidad financiera. En la Sentencia C-596 de 1997 la Corte Constitucional estudió una demanda dirigida contra la

expresión "al cual se encuentran afiliados" contenida en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la cual se acusó de desconocer el principio de favorabilidad en materia laboral, colocar en situación desventajosa a las personas que se encontraban en el régimen de transición y violar el principio de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales.

Adicionalmente, las sentencias C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010, de la Corte Constitucional en materia de traslados, indican que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

Así mismo, dentro de la aludida jurisprudencia la Corte recordó que "el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato". Como se observa, la Corte Constitucional destacó que el derecho a trasladarse NO es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

Téngase en cuenta la errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, pues dentro de los fallos relacionados con traslado de Régimen, la interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS; pero si obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante, lo que quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez, que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causa el daño.

Frente a este punto debe tenerse presente el Decreto 2241 de 2010 el cual en su Artículo 4 señala los Deberes de los consumidores financieros del Sistema General de Pensiones y teniendo en cuenta dicha normativa existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el SILENCIO en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado. La única manera de desvirtuar esta regla

legal es demostrando la preexistencia de una fuerza que hubiere viciado el consentimiento.

En la Sentencia SU130/13, C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, puso límites al traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida.

En el hipotético caso que se decrete la ineficacia en el traslado de régimen, se solicita la devolución de todos los aportes efectuados por la demandante al RAIS debidamente indexados, conforme a la sentencia de la CSJ 31989 del 9 de septiembre de 2008 MP EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS.

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.

Sobre la obligatoriedad de la devolución de los recursos previstos como cuotas de administración, se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 17595 de 2017, SL1688 – 2019 radicación número 68838 del 8 de mayo de 2019 M.P. Clara Cecilia Dueñas arguyó la Corte lo siguiente:

## **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.

De resolverse afirmativamente el anterior cuestionamiento, habrá de establecerse 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 el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de la parte demandante 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 de la historia laboral emitida por Colpensiones obrante de los folios 21 a 23 del documento 02 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 28 de febrero de 2001, según se acredita con el formulario de vinculación a dicho fondo que milita a folios 89 y 90 del expediente digitalizado, con efectividad a partir del 1° de abril de 2001, como se desprende del certificado SIAFP que milita a folio 95.

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 PROTECCIÓN S.A. en el año 1999 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 absuelto por la demandante y el testimonio de la señora ANA DOLORES PANTOJA, no logra evidenciar la Sala que de dichas declaraciones pueda derivarse que los asesores de la AFP Protección S.A. le hayan brindado a la demandante al momento de su traslado el RAIS, toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, o que se le haya ilustrado 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, como bien lo manifestó el a quo en sus consideraciones, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se prueba 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 como ya se ha dicho en esta sentencia, no se probó por parte PROTECCIÓN S.A. siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada.

En relación con lo anterior, es evidente que, como lo concluyó el fallador de primera instancia, la demandada PROTECCIÓN S.A. no le brindó a la demandante o por lo menos no probó, haberle otorgado, la debida asesoría para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional en el año 2001 que se produjo el citado traslado, por lo que, en sede de instancia se declarará la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 2001 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PROTECCIÓN S.A., pero no como consecuencia de la inaplicación constitucional del acto jurídico de traslado, sino debido a que dicho acto nunca nació a la vida jurídica dado que adolece del consentimiento debidamente informado que debía tener la demandante al momento de suscribirlo conforme lo establece el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, frente a la orden dada a PROTECCIÓN S.A., de reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante de conformidad con las normas que regulan la pensión en el RPM y además de pagar a COLPENSIONES el cálculo actuarial para subrogarse en dicha entidad, debe señalar la Sala que al declararse la ineficacia del traslado,

contrario a lo argumentado y concluido por el *a quo*, la consecuencia jurídica no puede ser la subrogación del riesgo de PROTECCIÓN en COLPENSIONES a través de un cálculo actuarial, sino que el acto de vinculación al régimen de ahorro individual no produjo ningún efecto, lo que conlleva a la reactivación de la afiliación de la demandante en el RPM, con la consecuente devolución a COLPENSIONES, actual administrador de este régimen, por parte de PROTECCIÓN S.A. de todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos financieros, las comisiones y gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir, que PROTECCIÓN S.A. deberá devolver el 100% de las cotizaciones, con sus rendimientos financieros o intereses, 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, ya que será Colpensiones la entidad que reconocerá el derecho prestacional, en caso de que se consolide en cabeza de la accionante.

Al respecto 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.

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, 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.

Respecto de la solicitud de la apoderada de COLPENSIONES en los alegatos de esta instancia, en el sentido que se ordena la indexación de las anteriores sumas se trata de una cuestión que debió plantearse en la contestación de la demanda o cuando menos, en el recurso de apelación, de manera que una decisión en tal sentido implicaría decidir más allá de lo pedido, lo que no resulta improcedente en la sentencias de segunda instancia, pues fue un asunto que las partes no tuvieron la oportunidad de debatir en el proceso, lo que violentaría los derechos de contradicción y defensa de las partes, por lo que no se resolverá sobre este solicitud.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas; se tiene que bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la Corte Suprema de Justicia, 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 SCL de la CSJ en la sentencia SL1689-2019.

Ahora, en lo que respecta al argumento expuesto por la apoderada de COLPENSIONES en su recurso de alzada, en el cual manifiesta que el retorno al RPM faltando diez o menos de diez años para alcanzar la edad de pensión debe realizarse atendiendo las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera en concordancia con las sentencias C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010, las cuales indican que regresar a Colpensiones en cualquier tiempo descapitalizaría el sistema, 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 demandante 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, lo que no pasa en el RAIS, pues los dineros deben ser entregados a los herederos.

#### **DE LA CONDENA AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ:**

En cuanto a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, debe señalarse primeramente que habiéndose declarado la ineficacia del traslado de la accionante al RAIS, el derecho que tenga a la prestación de vejez, debe analizarse con los requisitos legales 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, como bien lo dejó establecido la falladora de primera instancia.

Aquellas normas legales exigen como requisitos para obtener la citada prestación, 57 años de edad en el caso de las mujeres y 1300 semanas cotizadas a partir del año 2015.

En este caso, la señora RESTREPO URIZA, al haber nacido el 26 de junio de 1959, como se prueba con la copia de su cedula de ciudadanía que milita a folio 14 del expediente (documento 02 del expediente digital), arribó a la edad mínima pensional de 57 años el mismo día y mes del año 2016, y además cuenta actualmente con más de **1.300 semanas cotizadas** según la historia laboral actualizada al 29 de octubre de 2018 aportada por PROTECCIÓN S.A., visible a folios 97 a 105 del expediente (documento 02 del expediente digital) motivo por el cual, reúne a cabalidad los requisitos legales establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez.

El disfrute de la prestación tendrá lugar a partir del día siguiente al que la demandante 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, se revocará en esta instancia igualmente el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de PROTECCIÓN S.A. y se condenará a COLPENSIONES a reconocer y a pagar a el demandante la pensión de vejez, en los términos antes indicados, pensión que deberá ser liquidada por COLPENSIONES de conformidad con lo dispuestos en los artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, y será reconocida en el número de 13 mesadas pensionales al año de conformidad con lo establecido en el Acto Legislativo 001 de 2005, dado que la prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011.

En razón a las consideraciones de hecho y derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y consultada, será REVOCADA en los términos antes explicados.

Sin costas en esta instancia por haber prosperado para cada uno de los apelantes parcialmente el recurso interpuesto. Las costas de primera instancia corren a cargo de PROTECCIÓN S.A., las que serna fijadas por el *a quo*.

## 7. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 08 de marzo de 2021 proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARÍA EUGENIA RESTREPO URIZA** contra **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**, para en su lugar:

- **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado de régimen pensional que realizó la demandante el día 28 de febrero de 2001, del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A.
- **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con los rendimientos financieros o intereses, al igual que las comisiones o gastos de administración, incluyendo el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y seguros previsionales y es decir, el 100% de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.
- **ORDENAR** a **COLPENSIONES**, a reactivar la afiliación de la demandante MARÍA EUGENIA RESTREPO URIZA al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y además a recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído.

- **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante MARÍA EUGENIA RESTREPO URIZA, la pensión de vejez bajo las preceptivas del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del momento en que acredite su desafiliación expresa o tácita del sistema general de pensiones, en el número de 13 mesadas pensionales al año, la que deberá liquidar en su momento de conformidad con lo dispuestos en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.
- **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las costas de primera instancia corren a cargo de PROTECCIÓN S.A., las que serna fijadas por el *a quo*.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

Firmado Por:

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

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

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



Código de verificación: **165dc99297c44b1e4100483790272a804db93b5b38b5e58c7d387574c161fe5c**

Documento generado en 25/08/2022 02:32:26 PM

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