

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 **MERCEDES LARREA DURANGO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (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. 05001-31-05-019-2020-00013-01.

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:

En lo que interesa para resolver esta instancia, la demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones, y que como consecuencia de la ineficacia del traslado se condene a PROTECCIÓN S.A. a reconocerle a pagarle los perjuicios materiales y morales generados, los cuales estima en la suma de 200 salarios mínimos mensuales legales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que ha venido laborando como empleada pública al servicio de la ESE. HOSPITAL IVÁN RESTREPO GÓMEZ del Municipio de Urrao – Antioquia, y que el 30 de junio de 1996 se afilió al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A.

Expone que el asesor que le realizó la afiliación no la asesoró de manera técnica y adecuada, no le explicó las características de cada uno de los regímenes pensionales, ni un comparativo de los requisitos para acceder a la pensión de vejez en estos regímenes, no se le indicó que en el RAIS se requería de un capital mínimo ahorrado para aspirar a una pensión, no le advirtieron que los cálculos de la pensión dependían del vaivén del mercado y de medidas gubernamentales como las tablas de supervivencia, no le informaron que el valor de la pensión en el RAIS también depende de la modalidad de pensión, pues ni siquiera le hablaron en la asesoría de las diferentes modalidades de pensión, no le hablaron del bono pensional o que el mismo debía ser castigado económicamente para poder pensionarse antes de los 60 años, le indicaron que podía pensionarse a la edad que quisiera y con la mesada que quiera pero no le indicaron como hacerlo ni cuánto dinero necesitaba para ello.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

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

Así mismo, condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, tal como lo consagra el artículo 1746 del C.C., sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales.

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

Para fulminar condena, el *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional 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 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 PROTECCIÓN S.A. que, al momento de la afiliación de la demandante, haya cumplido con el deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las

ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de un consentimiento suficientemente informado la suscripción del formulario de afiliación pre impreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Declaró no probada la excepción de prescripción al considerar que, la validez del traslado de régimen se trata de un derecho íntimamente ligado a la pensión, mismo que es un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible.

Finalmente, despachó de manera desfavorable la pretensión de indemnización de perjuicios a cargo de PROTECCIÓN S.A. indicando que no se acreditó en este asunto el daño que pudo habersele producido a la demandante por parte de PROTECCIÓN S.A.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

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

APELACIÓN DE LA DEMANDANTE.

El apoderado judicial de la demandante, apela parcialmente la sentencia en lo que tiene que ver con la decisión del *a quo* de despachar de manera desfavorable la pretensión de reconocimiento y pago de perjuicios morales, indicando que, si bien está de acuerdo con que no se demostraron en el proceso los perjuicios materiales solicitados, lo cierto es que con relación a los perjuicios morales el impacto que genera en cualquier persona la incertidumbre de cómo va a ser su futuro pensional luego de un largo trajinar laboral, no requiere de prueba.

Expone que la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la CSJ, que coincide con la del Consejo de Estado, acerca de lo que es el perjuicio moral y la forma en la que debe valorarse, coinciden en indicar que hay eventos que impactan de manera directa la estabilidad emocional de las personas, entre ellos obviamente la muerte de un ser querido, y en este caso la incertidumbre pensional, que se unió, aunque es un hecho posterior, al hecho de haber tenido que renunciar a su trabajo para cuidar a su cónyuge, puesto que, haber permanecido afiliada al RPM le hubiera permitido hoy estar pensionada y no estar sufriendo las penurias que ella misma indica por haber tenido que abandonar su fuente de ingresos, y en ese orden de ideas debieron haberse concedido los perjuicios morales.

Por otra parte indica que si bien se acepta que COLPENSIONES es un tercero en este tipo de procesos, se encuentra que resulta más férrea la defensa de COLPENSIONES frente al acto ineficaz, que la de los mismos fondos privados demandados, pues si se observa la respuesta a la demanda allegada por COLPENSIONES, se advierte que en la misma se señala que no se advertía en el presente caso la ineficacia del traslado, motivo por el cual, debe evaluarse si la defensa que realiza dicha entidad del acto ineficaz de traslado, merece o no la imposición de costas en su contra.

APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., apela parcialmente la sentencia en lo que tiene que ver con la orden de trasladar a Colpensiones las cuotas de administración, indicando en síntesis que con la condena de primera instancia que ordena a PROTECCIÓN S.A. devolver a Colpensiones los dineros de la cuenta de ahorro individual del accionante, más los rendimientos financieros y además las comisiones de administración, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES pues recibiría una comisión que ni siquiera se encuentra destinada a financiar la pensión de vejez y adicional a ello ya se le están trasladando los rendimientos financieros generados por la cuenta, fruto de la buena gestión de administración de PROTECCIÓN S.A., por lo que dicha entidad tiene derecho a conservar dichas comisiones como restitución mutua a su favor y por tanto no hay razón para tenérsela que trasladar a COLPENSIONES.

Finalmente indica que sobre el descuento del 3% realizado para cuotas de administración y seguros previsionales opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando mes a mes y que no financian directamente la prestación económica de vejez.

Con base en los anteriores argumentos solicita revocar parcialmente la condena y se absuelva a PROTECCIÓN S.A. de la obligación de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración y únicamente se ordene el traslado de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos, y el porcentaje descontado para el fondo de garantía de pensión mínima.

APELACIÓN COLPENSIONES.

El apoderado judicial de COLPENSIONES apela la decisión de primera instancia, indicando que en el presente proceso se trata de un traslado de régimen pensional

realizado voluntariamente por la demandante, tal apreciación se puede verificar en el escrito de demanda en el cual se puede establecer que para que se constituyera el fondo privado como su nueva administradora de pensiones, el mismo realizó una selección que implica una voluntad consiente para elegir entre uno u otro régimen, no estando supeditado entonces a la fuerza o al engaño que argumenta la demandante.

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

Expone que hablar que un fallo favorable a las pretensiones incoadas por la demandante, cuando a esta la cobija el principio de la autorresponsabilidad de los hechos que afirma y por ende esta llamada aportar pruebas tendientes a demostrar que el traslado de régimen fue producto de un engaño como se manifiesta en la demanda y no por el contrario dar por sentado un hecho que reitera le es ajeno a Colpensiones a la hora de dar por ciertos los hechos que indica.

Finalmente, manifiesta que Colpensiones al momento de dar respuesta a la demanda actuó en pleno derecho y siguiendo los lineamientos de la H. Corte Constitucional respecto de las restricciones que se señalan respecto al regreso al RPM, lo que permite aducir que como entidad ha actuado en un margen de legalidad y de buena fe, se solicita al Tribunal revisar la decisión adoptada en primera instancia y se exonere de toda responsabilidad a Colpensiones.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, únicamente el apoderado de COLPENSIONES allegó escrito de alegatos de conclusión, en el cual señaló resumidamente lo siguiente:

El análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindarse al momento de la afiliación del demandante, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las

administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Así, no es admisible que el documento soporte de la afiliación que es el formulario suscrito por el afiliado, sea desestimado por los diferentes Despachos como una prueba a la voluntad libre de afiliación del demandante, indicándose que solo corresponde a una cláusula O A UN FORMATO carente de certeza.

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

Es claro entonces que la afiliación efectuada al RAIS por la demandante goza de plena validez, pues en el momento en el que decidió trasladarse de régimen, estaba aceptando las condiciones pensionales a este, lo que se avizora es una inconformidad con la mesada pensional y por eso ahora el demandante alega una supuesta falta de información por parte de la AFP, que en todo caso le incumbe a la parte que afirma demostrar los hechos que sustentan su demanda, lo cual se pudo en el interrogatorio practicado no fue así. No sería correcto hablar de un fallo favorable a las pretensiones incoadas por el demandante, cuando a este lo cobija el principio de la Autorresponsabilidad de los hechos que afirma y por ende esta llamada aportar pruebas tendientes a demostrar que el traslado de régimen fue producto de un engaño como se manifiesta en la demanda y no por el contrario dar por sentado un hecho que reitero le es ajeno a Colpensiones a la hora de dar por ciertos los hechos que indica.

Por otra parte, la sentencia de la Corte Constitucional SU 062 de 2010 señala *"...el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las*

personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.”

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

Es de anotar que al Colpensiones ser una entidad pública no puede ir más allá de lo consagrado en la ley, y esta es clara cuando en el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció: *el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, como es el caso que nos ocupa donde el demandante estaría incumpliendo con la señalado en la norma*, asunto que fue objeto de estudio en la SENTENCIA C- 1024 DE 2004, en la que se puso límites al traslado del RAIS al RPM.

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.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA 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.

Así mismo, habrá de establecerse en esta instancia, en caso de confirmarse la decisión de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, si debe condenarse o no a PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar indemnización por perjuicios morales.

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 las apelaciones de la parte DEMANDANTE, de PROTECCIÓN S.A. y de COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta última entidad por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos

los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

Es así como, en el presente asunto, está probado, que la accionante, habiendo prestado sus servicios como empleada pública vinculada a la ESE. HOSPITAL IVÁN RESTREPO GÓMEZ del Municipio de Urrao – Antioquia y a la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA, según se advierte de los certificados laborales que militan a folios 18 a 20 y de la historia laboral emitida por PROTECCIÓN S.A. visible a folios 21 a 30, se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 30 de junio de 1996, conforme al formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folios 71 y 107 del expediente digital (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 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 para el caso de los empleados públicos del orden territorial, 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

1996 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 00:37:03 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (Documento 04 del expediente digital), no se advierte que además de indicar que el asesor de PROTECCIÓN S.A. le manifestó que por su edad y el tiempo que llevaba laborando con el hospital y por no ser beneficiaria del régimen de transición no le convenía el régimen publico sino trasladarse al fondo privado dado que si fallecía el dinero le quedaba a sus familiares, esta haya confesado que el asesor de la AFP PROTECCIÓN S.A. le brindó toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no se advierte que haya confesado que se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son la explicación clara de las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, contrario a lo manifestado por Colpensiones, tanto en el recurso de apelación como en los alegatos en esta instancia, y como bien lo sostuvo el *a quo*, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que la afiliación fue voluntaria, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que la afiliación se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP PROTECCIÓN S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada al señalar como regla que **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**, por lo que se confirmará la decisión del *a quo* de declarar ineficaz la afiliación inicial al RAIS realizado por la demandante en el año 1996 a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., sin que resulte de recibo lo afirmado por el apoderado de Colpensiones en el recurso de alzada, en el sentido que fue la demandante quien no verificó las condiciones negativas y positivas del traslado, pues se reitera, dicha obligación recaía en el fondo y no en la demandante.

En lo que tiene que ver con el retorno de la demandante al RPM administrado por Colpensiones que se dispuso en la sentencia apelada, encuentra la Sala que, contrario a lo manifestado por el apoderado de Colpensiones en la parte final de sus alegatos de conclusión en esta instancia, el mismo resulta procedente, pues si bien para el año 1996 que la demandante se trasladó al RAIS, no estaba afiliada a una entidad de previsión social, ya que durante largos años había prestado sus servicios personales como empleada pública en la ESE. HOSPITAL IVÁN RESTREPO GÓMEZ del Municipio de Urrao – Antioquia y en la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA, sin cotizar a una entidad de previsión social, finalmente el responsable de otorgarle la pensión de vejez o jubilación, debía concederla bajo los parámetros del RPM de la Ley 100 de 1993, siendo relevante que por mandato del Inc. 4 del decreto 692 de 1994, *“Los servidores públicos que al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.”*

Conforme a las normas anteriores, a juicio de la Sala, los servidores públicos del orden territorial que a más tardar el 30 de junio de 1995 no estaban afiliados a ninguna Caja o Fondo de pensiones, como es el caso de la demandante, si no escogieron el RAIS afiliándose a una AFP privada, quedaron automáticamente afiliados al ISS, pues, si las normas anteriores los incorporaron al sistema pensional de la Ley 100 y pudiendo escoger el RAIS no lo hicieron, quedaron incorporados al RPM como afiliados obligatorios al ISS hoy COLPENSIONES, toda vez que no podían quedar excluidos del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993.

Así entonces, en el caso de la demandante con el fin de materializar su derecho a la seguridad social, al declararse la ineficacia de su afiliación al RAIS, lo que resulta procedente es su afiliación automática al RPM administrado por Colpensiones, con la consecuente orden a dicha entidad, de aceptar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y demás sumas que le sean trasladadas por PROTECCIÓN S.A. y computar dichos aportes como semanas cotizadas al RPM.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES y frente a las cuales el *a quo* determinó que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los valores destinados

a pago de seguros previsionales, encuentra esta superioridad que tal decisión no se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, y por ende debe ser ADICIONADA, en el sentido de indicar que tal devolución deberá incluir no solo el valor de las cotizaciones obligatorias, rendimientos o intereses, y gastos o comisiones de administración, incluidos los porcentajes que fueron destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir que deberá devolver a Colpensiones el 100% de las cotizaciones de la demandante, sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este**, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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 del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por

la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba la actora antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Teniendo en cuenta lo anterior, contrario a lo afirmado por la apoderada de PROTECCIÓN S.A. en su recurso de apelación, 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.

Ahora, respecto de la devolución a COLPENSIONES de los bonos pensionales, ordenados por el juez, es necesario indicar que en, en primer lugar, al no registrar cotizaciones la demandante al RPM no se genera Bono Tipo A, por lo que el legal la decisión del *a quo* de trasladar a COLPENSIONES el importe de cualquier otro tipo de bono pensional que se hay pagado a favor de la actora, quien prestó por largo tiempo sus servicios como empleada publica al servicio de la ESE. HOSPITAL IVÁN RESTREPO GÓMEZ del Municipio de Urrao – Antioquia y la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA, lo que se genera el pago de un bono pensional o de cuota parte a cargo de estas entidades en la pensión a que tenga derecho la demandante.

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.

Respecto de la prescripción de las cuotas de administración, incluido el porcentaje de los seguros previsionales y del fondo de garantía de pensión mínima, que plantea la apoderada de PROTECCIÓN S.A. en su recurso, considera la Sala que ella no opera, toda vez que la obligación de restituir estos rubros se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de las sentencias que la declaran, por lo que no sería procedente la prescripción de las cuotas de administración, incluyendo lo descontado para el pago de los seguros previsionales.

Ahora, en lo concerniente a la afirmación que realiza el apoderado de COLPENSIONES en sus alegatos sobre la imposibilidad de traslado de régimen, la que entiende la Sala se refiere a 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.

Por otra parte, en lo concerniente a la apelación del apoderado de la demandante, sobre la procedencia de la indemnización de perjuicios morales, revisada la demanda si bien se peticiona la indemnización de este tipo de perjuicios, no se menciona en los hechos fundamentos fácticos que los puedan originar, requisito indispensable para se pueda evaluar la presencia de tales perjuicios, pues de otra forma se conculcaría los derechos de contradicción y defensa de la demandada PROTECCIÓN S.A. al no poder oponer argumentos fácticos, ni despliegue probatorio para demostrar que no hubo tales perjuicios, lo que es suficiente para despachar negativamente la apelación en este aspecto.

Igualmente, como bien lo argumentó el juez, en el proceso no existe prueba que acredite algún perjuicio moral.

Finalmente, solicita el apoderado demandante en la apelación que se evalúe por parte del Tribunal la imposición o no de costas en contra de Colpensiones, lo que no puede ser objeto de valoración en esa instancia, pues si el juez decidió no imponer costas a COLPENSIONES y el apoderado de la actora no estaba de acuerdo con ello debía manifestar su oposición a esta decisión, mas no que el Tribunal evalúe la imposición o no de costas, pues esta evaluación ya la realizó el juez de primera instancia negando

la condena en costas, y por ello se repite para que el Tribunal pudiera pronunciarse, debía el apoderado de la actora en la apelación oponerse expresa y claramente a tal decisión solicitando que se impusiera la condena en costas, pero no que se decidiera nuevamente si se imponían o no las misma.

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 por haber sido vencidas todas las partes en su recurso de apelación.

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 08 de marzo de 2021 proferida por el JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MERCEDES LARREA DURANGO**, contra la **COLPENSIONES**, y **PROTECCIÓN S.A.**, **ADICIONÁNDOLA** en el sentido de declarar que la devolución que deben realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES, deberá incluir las cotizaciones obligatorias con sus rendimientos financieros o intereses, así como los gastos o comisiones de administración, incluidos los porcentajes destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de las cotizaciones de la demandante, sin descuento de ninguna índole.

SEGUNDO: 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

Código de verificación: **34e72f870454ecd1b14a0f9a954a6d7db7c112f99aad7278bcec5c5855b99a79**

Documento generado en 25/08/2022 02:33:19 PM

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