

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El seis (06) de octubre 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 el señor **IVÁN DARÍO ARIAS BOHÓRQUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y las sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-003-2018-00552-01.

AUTO

Conforme a la sustitución de poder allegada vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S. quien funge en este proceso como apoderada principal de COLPENSIONES, se procede a reconocer personería para actuar como apoderada sustituta de COLPENSIONES, a la abogada LINA MARÍA ZAPATA BOTERO, portadora de la T.P. 335.958 del C.S de la judicatura.

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:

El demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata el actor que se afilio al ISS y realizo aportes desde el 21 de marzo de 1985 hasta el 31 de mayo de 1995, y que se trasladó al RAIS en el mes de junio de 1995 por medio de la administradora HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. y posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A. donde se encuentra actualmente.

Manifiesta que el asesor de HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. al momento del traslado de régimen, no suministró información adicional consistente en la edad mínima y en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, es decir, con qué IBC debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada o complementar el capital para poder acceder a una pensión de vejez, ni la edad en que se redimía el bono pensional, ni las diferencias de las mesadas pensionales en cada régimen, ni le informo el derecho que tenia de retornar al RPM antes de que le faltaren 10 años para adquirir su derecho pensional.

Expone que PROTECCIÓN S.A. no le brindo una reasesoria antes de cumplir los 52 años de edad.

Aduce que mediante comunicación del 26 de abril de 2018, la AFP PROTECCIÓN S.A. realiza proyección pensional y manifiesta no contar con soporte físico de las proyecciones económicas ni de la asesoría, y mediante comunicado de 7 de mayo de 2018 la AFP PORVENIR S.A. manifiesta tampoco contar con soportes físicos de las proyecciones y la asesoría brindada, y que en las mismas comunicaciones las AFP niegan la solicitud de anulación de la afiliación al RAIS, y que mediante comunicación del 8 de mayo de 2018, COLPENSIONES niega reclamación administrativa presentada por el actor solicitando la nulidad de su afiliación al RAIS.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

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

Seguidamente declaró la responsabilidad profesional de las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. en el acto jurídico del traslado y la ineficacia constitucional que se declara de dicho acto jurídico en cabeza del demandante. Así mismo declaró que el señor IVÁN DARÍO ARIAS BOHORQUEZ sigue inmerso en el RPM a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., y que COLPENSIONES es un tercero absoluto en el acto jurídico de traslado del RPM al RAIS por lo que se absuelve de todas las pretensiones sin perjuicio de las ordenes que le dará, en consecuencia ordeno a PROTECCIÓN S.A. que dentro del mes siguiente a la solicitud por escrito el señor IVÁN ARIAS cuando este haya cumplido los 62 años de edad a que se le reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo las condiciones del RPM, reglamentado por la Ley 100 de 1993.

Así mismo ordenó que en un término de 30 días PROTECCIÓN S.A. solicitará a COLPENSIONES la elaboración del cálculo actuarial pensional con miras a la subrogación pensional, el cual deberá liquidar COLPENSIONES dentro de los dos meses siguientes, debiendo ser cancelado dicho calculo por PROTECCIÓN, en consecuencia ordenó a PROTECCIÓN S.A. que mientras no sea real y efectivamente pagado el cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES, deberá reconocer, liquidar y pagar las mesadas pensionales del señor IVÁN DARÍO ARIAS bajo el RPM.

También, el juez, facultó a PROTECCIÓN S.A. a recobrar a PORVENIR S.A. el 25% de las sumas necesarias para financiar la pensión de vejez del actor, asumiendo PROTECCIÓN S.A. y autorizó a PROTECCIÓN S.A. a enjugar parte del cálculo actuarial pensional que se le ordena pagar a COLPENSIONES tomando para ello los aportes del empleador, rendimientos financieros, bonos pensionales y cualquier otro dinero que llegue a haber en la cuenta pensional del actor.

Finalmente indicó el juez, que no prosperan las excepciones propuestas por las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., e impuso costas procesales a cargo de PROTECCIÓN S.A. con agencia en derecho de \$3'634.000 a favor del demandante, y autorizó a PROTECCIÓN S.A. a recobrar a PORVENIR S.A. el 25% de las costas procesales.

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.

Arguye 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 el fondo privado demandado hubiere entregado al actor una información clara, veraz y oportuna al momento del traslado, y si bien en el proceso se encuentran formularios de afiliación, 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 al demandante menos de 10 años para pensionarse, por lo tanto la pensión de vejez estará a cargo del fondo privado, en igual sentido manifestó que la excepción de prescripción propuesta por la AFP demandada no prospera en razón a que los derechos sociales fundamentales como son el acceso a la seguridad social no prescriben.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

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

APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.

La apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A. apela la sentencia indicando que se aparta de la decisión del juez de primera instancia y que de conformidad con el precedente reiterado de la Corte Suprema de Justicia, que la consecuencia jurídica de la ineficacia no es más que la declaración de la inexistencia del acto jurídico que se analiza y en consecuencia deben volver las cosas al estado antes que se encontraban del traslado de régimen pensional, lo que indica que la demandante conserva válida su afiliación al RPM y se entiende por inexistente su traslado al RAIS, por lo que en este sentido procede la devolución de la totalidad de los aportes que hubiere recibido PROTECCIÓN S.A. durante la vigencia de la afiliación de la demandante y no la consecuencia jurídica que se le ha atribuido por parte del despacho.

Manifiesta que condenar a PROTECCIÓN S.A. reconocimiento de la pensión de vejez del demandante bajo los términos y los parámetros que rige en el RPM y posteriormente haber lugar a la subrogación de esta por parte de COLPENSIONES, pasándole un título pensional no es un efecto propio de la ineficacia o del reconocimiento de la inexistencia de la afiliación del demandante al RAIS, resultando esta orden contraria al precedente jurisprudencial y a lo manifestado por la Corte Constitucional en tanto el RAIS ha sido declarado plenamente constitucional por parte de esta Corte.

Expone además que en el proceso no fue pretendido por parte de la demandante que PROTECCIÓN S.A. pague la pensión de vejez en los términos en que ha sido solicitada y mucho menos que se traslade hacia COLPENSIONES a título de subrogación, por lo que se estaría alterando el principio de congruencia que rige estos procesos en virtud del cual su decisión carece de sustento normativo, indica que en este sentido imponer dicha carga a PROTECCIÓN S.A. no solo resulta excesivo si no también ilegal y contrario a la Constitución en cuanto contraria el fundamento legalmente establecido para los fondos pensionales.

Aduce que se desconocería la naturaleza jurídica del RAIS y del RPM que han sido establecidos, la Ley 100 de 1993, y por otro lado el principio de sostenibilidad financiera establecido en el artículo 48 de la Constitución Política pues en cualquier caso la

condena sería excesiva y traería consigo que la AFP asuma de su propio patrimonio dichas mesadas pensionales lo que llevaría a una inevitable insolvencia, y que por lo mismo la pensión de vejez se financia con los aportes de la cuenta de ahorro individual de los afiliados y no con el patrimonio o dineros del fondo de pensiones del cual se encuentra vinculado, y que por ello se han generado unos rendimientos que como consecuencia de la función administrativa de PROTECCIÓN S.A. se disponen en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Indica que de conformidad con el precedente de la Corte Suprema de Justicia las AFP tienen invertida la carga de la prueba respecto del deber de información, pero en ningún caso esta invertida respecto a los perjuicios, por lo que queda la ausencia de prueba de que el demandado hubiere sufrido algún perjuicio por parte de PROTECCIÓN S.A., y por el contrario se tiene que el demandante se ha beneficiado en su patrimonio, pues ha sido aumentado de manera generosa como consecuencia de la función administrativa que efectuó la AFP sobre los recursos del mismo, la responsabilidad civil no puede ser objetiva y los perjuicios deben ser ciertos y nunca hipotéticos o eventuales y en este caso brillan por su ausencia los perjuicios.

Manifiesta que el demandante no debió demostrar únicamente el daño que eventualmente pudo haber sufrido, sino también qué fue lo que causó o dio inicio a tal daño y en consecuencia un nexo entre ambas situaciones.

Expone que por lo anterior no podría condenarse a PROTECCIÓN S.A. a pagar la pensión de vejez del demandante a título de perjuicios porque no se solicitaron y además debieron ser probados por la parte demandante, por lo que obedece la decisión al desconocimiento del principio de la congruencia, a la seguridad jurídica y a la sostenibilidad financiera.

Por lo anterior le solicita al Tribunal revoque la decisión proferida por el despacho en primera instancia.

APELACIÓN PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A. apela la sentencia proferida en primera instancia, indicando que no comparte ninguna de las conclusiones arribadas por el juez de primera instancia, partiendo en su parte resolutive en los numerales del 1° al 4° en los cuales se informa que PORVENIR S.A. faltó al deber de información y que tiene una responsabilidad profesional, además que el juez de primera instancia inaplica el

precedente jurisprudencial que se tiene para estos temas. Expone que no comparte los argumentos puesto que contrario a ello se dio una actuación válida en la cual el demandante de forma libre y voluntaria realiza el traslado de régimen y como prueba de ello está el formulario de afiliación, con el cual se cumplieron las normativas vigentes para la época en 1995, y que dicha afiliación tuvo vigencia hasta el año 2004 por lo que no hay ningún tipo de responsabilidad adicional por parte de PORVENIR S.A.

Manifiesta que se realizan unas consecuencias de esas declaraciones las cuales son que se ordena a PORVENIR S.A. a pagar el 25% de un cálculo actuarial en miras de subrogación pensional con COLPENSIONES pero esta situación no la trae consagrada la norma, e indica que cuando se habla de cálculos actuariales es solo un caso que son las omisiones de los empleadores, pero en ningún momento se puede hablar de una AFP realizando cálculos actuariales respecto de una omisión que nunca existió, por lo que confirmar por parte del Tribunal sería crear un tercer régimen pensional, situación que no ha sido avalada por el congreso.

Expone que en la Sentencia SU 130 de 2013, la Corte Constitucional en un estudio constitucional que realizó al RAIS, informó cuáles eran las características de cada régimen donde indicó que eran regímenes coexistentes pero excluyentes, es decir, que no puede converger en una misma situación, por ende, imponerle una carga de cálculo actuarial a PORVENIR S.A. así sea de un 25% resulta desatinado en lo que la Corte Suprema de Justicia ha indicado en estos casos.

Aduce que si la sala confirma la ineficacia de la afiliación que realmente era lo que se pretendía en el proceso, se deben aplicar las consecuencias de la Corte Suprema de Justicia nunca unas consecuencias tan gravosas que presenta el juez de primera instancia, pues no se puede compartir la decisión porque se estarían violando principios fundamentales como la sostenibilidad financiera.

Por lo anterior solicita al Tribunal que en caso se confirme la ineficacia de la afiliación se den las consecuencias lógicas de la Corte Suprema de Justicia y que se inapliquen todas y cada una de las condenas consecuenciales que realizó el juez, por lo que solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES apela la sentencia, manifestando que COLPENSIONES tiene un criterio jurídico decantado en el tema objeto de controversia el cual no ha sido modificado en ninguna de sus partes, ello en consideración a que si bien el despacho dentro de su parte considerativa indica que COLPENSIONES es un tercero absoluto y que por ende las declaraciones que se realicen en estos fallos no deben perjudicarle en el fondo las ordenes impartidas a COLPENSIONES y en sus efectos lo que hace son poner cargas a COLPENSIONES que no está obligada a soportar, como el hecho de reactivar una afiliación al RPM de una persona que no es afiliada de COLPENSIONES y proceder consecuentemente con ello a un reconocimiento pensional que no cumple con los presupuestos legales para ello, por lo que pretende adoptar es la decisión que se tomó de declarar la inaplicación constitucional de pérdida de RPM y que el demandante debe seguir inmerso en el régimen administrado por COLPENSIONES y la orden de reconocer pensión de vejez al demandante cuando cumpla con los requisitos legales para el pago de la misma.

Expone que COLPENSIONES es un tercero absoluto el cual no tiene por qué soportar cargas financieras cuando se ordena su traslado inmediato, y que si bien el juzgado de primera instancia argumentó que no se encuentra de acuerdo con la postura de la Corte Suprema de Justicia cuando ordena el regreso automático de los trabajadores que se afiliaron a las AFP una vez entró en vigencia la Ley 100 de 1993, el despacho argumenta que el traslado judicial debe darse atendiendo a las circunstancias de la responsabilidad por la falta de información profesional en la que incurrieron las AFP, sin embargo, se deja a COLPENSIONES en una situación se zozobra puesto que este tipo de traslados lo que hacen es afectar las arcas públicas de COLPENSIONES, tras asumir los costos de representación judicial y los perjuicios consecuentes del reconocimiento de un derecho pensional sin haber realizado previamente las proyecciones y los cálculos actuariales que representa el pago de una eventual prestación porque aun realizándolo los dineros que traslada el fondo privado a COLPENSIONES serian insuficientes para cubrir el costo de una prestación económica que el juez ordena pagar a futuro.

Aduce que la Corte Constitucional se ha manifestado al respecto en Sentencias como la T- 489 de 2010, por lo que no se puede desconocer el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado en el artículo 1° del acto legislativo 01 de 2005, al declarar la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM hacia al RAIS pone en peligro el derecho fundamental de la seguridad social de los demás afiliados, así lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia ya mencionada, por lo que le solicita al Tribunal

Superior de Medellín se absuelva a COLPENSIONES de las pretensiones plasmadas en la demanda, ello en atención a que si bien en la parte resolutive se indico que las excepciones propuestas por COLPENSIONES prosperan y entre ellas están la ausencia de responsabilidad o de obligación de COLPENSIONES a asumir cualquier solicitud del demandante, pero de forma paralela se ordena continuar pagando una prestación futura genera una contradicción del por qué se le atribuye a COLPENSIONES esta carga que no debería soportar, teniendo en cuenta que se está declarando una responsabilidad por parte de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. no debería ser Colpensiones quien finalmente asuma las consecuencias del fallo.

Indica que si bien el despacho de primera instancia trata de realizar un fallo muy justo para COLPENSIONES en lo que respecta desde la altura de su análisis jurisprudencial, COLPENSIONES se ve muy perjudicado con el fallo, y es incomprensible que se argumente que hay un perjuicio en las expectativas pensionales del demandante cuando estas ni siquiera se han concretado, es decir, no ha cumplido con los requisitos legales para acceder a dicha prestación económica y por ahora no hay un perjuicio tajante de parte de las AFP que se arguye haya sufrido o esté sufriendo en el momento, por lo tanto no deberían prosperar ese tipo de pretensiones a favor del demandante máxime cuando se considera que en ningún momento durante el transcurso del proceso, se demostró que tal perjuicio se estuviera dando.

Por lo anterior, se deja claro que no hay conformidad con la decisión del juez de primera instancia, por lo tanto apela la sentencia en los dos sentidos, de declarar esa ineficacia en sede judicial como consecuencia de los actuares de las AFP de los fondos privados y la obligación que tiene COLPENSIONES de continuar en algún momento asumiendo la prestación económica del demandante, por lo que solicita al Tribunal, revoque la sentencia en primera instancia.

APELACIÓN DEL DEMANDANTE.

Finalmente la apoderada del demandante apela la sentencia parcialmente, indicando que le solicita al Tribunal revoque la sentencia, en el sentido de ordenar y declarar que sea COLPENSIONES la entidad que reconozca la prestación de vejez, una vez el demandante cumpla con los requisitos, frente a las demás declaraciones y condenas realizadas por el juez manifiesta que se encuentra conforme.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, la apoderada judicial del demandante y de COLPENSIONES allegaron escritos de alegatos, en los cuales señalaron lo resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

Se solicita al despacho que proceda a modificar la sentencia de primera instancia tal y como se solicitó el en recurso de apelación, pues es claro que la manera como el sentenciador de la primera instancia resolvió la Litis no tiene ninguna relación con los supuestos jurídicos y con las reglas jurisprudenciales aplicables al caso concreto, ya que como el mismo *a quo* lo manifestó en la providencia que puso fin a la primera instancia, se apartó del precedente jurisprudencial que se aplica para este tipo de procesos y si bien la primera instancia sustenta la razón para no aplicar el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es claro que la manera de resolución del caso es contraria a la lógica jurídica, por lo que se debe accederse a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional y como consecuencia de tal ineficacia, el retorno sin solución de continuidad del RAIS al régimen de prima media.

A mi poderdante, la AFP privada, al momento de efectuar el traslado inicial de régimen pensional, no le brindó una asesoría clara, completa y eficiente, la cual le permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones que en su futuro pensional acarrearía dicho traslado, por lo cual, ante la falta de esa asesoría e información, no puede hablarse que el traslado de régimen pensional se dio de manera libre y voluntaria, así las cosas, al no ser libre y voluntaria la decisión por el desconocimiento de las consecuencias que este le ocasionaría, el mismo se torna ineficaz, tal y como lo indica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 271 del mismo texto normativo.

Teniendo en cuenta las normas aplicables al caso concreto, así como el criterio jurisprudencial que debe aplicarse para resolver las pretensiones de la demanda y el material probatorio que reposa en el expediente, se solicita una vez más a la Sala Laboral que resuelva el proceso en debida forma, tal y como se solicitó en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que fue proferida en primera instancia.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Solicita que se confirme el fallo de primera Instancia, toda vez que los Fondos están en una situación probatoria complicada respecto de los esclarecimientos de los hechos que para el presente caso la demandante está en mejor posición de ilustrar, es pertinente manifestar que la afiliación a al Fondo privado por parte de la demandante fue libre voluntaria espontánea sin coacción alguna, firmando el formulario de afiliación que para la fecha era el único documento exigible legalmente para efectos del Traslado de Régimen, por tanto no se le puede imponer cargas procesales a la AFP que no están obligados a soportar, es claro que estos traslados están generando un detrimento al sistema general de pensiones, toda vez que los recursos trasladados a Colpensiones por parte de las AFP son insuficientes para sostener una pensión, generando así pánico económico y atentando contra el principio de sostenibilidad financiera, dado que para que haya una sostenibilidad en el sistema de RPM se requiere que por cada pensionado haya mínimo 7 aportantes, en tal caso la pensión que tendría que sobrellevar la Entidad que represento, no tendría un piso financiero estable, lo cual genera que para cubrir estas pensiones se requiera del aporte del Estado que lo compone los ciudadanos, situación está que es relevante para la adquisición de recursos por medio de impuestos.

Respecto del pronunciamiento de la inaplicabilidad constitucional, este no esta teoría no puede ser admisible toda vez que en ningún momento se le está violentando el derecho fundamental al acceso de la Seguridad en pensiones, razón por la por cual el principio de la responsabilidad debe ser compartido dado que el demandante no puede acogerse al posible engaño sufrido, sino por el contrario él está en la obligación legal de acceder a la información respecto cual es el fondo más conveniente para percibir su pensión, así las cosas, debe de interpretarse que el desconocimiento de la Ley no sirve de excusa para eximirse de responsabilidad o más bien para el presente caso el desconocimiento de la norma no puede alegarse cuando el monto de la pensión es inferior o superior en cualquiera de los regímenes constitucionales existentes.

De igual forma, es pertinente manifestar que no se está vulnerando ningún derecho fundamental a la aquí demandante, en especial al Derecho al Mínimo vital, en concordancia por lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia T-184/09

Por lo anteriormente expuesto, la afiliación al RAIS es completamente valido y por ende a Colpensiones no se le puede imponer condena alguna en recibir nuevamente al afiliado al RPM y reconocer una eventual pensión, por ello tampoco es viable la subrogación pensional, pues en atención a la sentencia más reciente SL 373 de 2021 se abrió la posibilidad que los fondos privados restablezcan el perjuicios causados a los afiliados, en este caso, al momento de una eventual pensión la misma debe estar

en cabeza del Fondo privado quien a título de perjuicios es quien debe reconocer la indemnización al afiliado por los daños causados en la desmejora de su mesada, y de esta forma salvaguardar los recursos de Colpensiones quien fue un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado. A este respecto, el Alto Tribunal de la especialidad laboral reflexionó que, al haberse adquirido la calidad de pensionado, se produce la imposibilidad de retornar al estatus quo ante, es decir, tal condición no puede deshacerse o desaparecerse del plano jurídico, pues ello conllevaría a “disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.” Para soportar su tesis, la mencionada Corporación razonó que no es posible revertir ciertos efectos económicos como el deterioro que sufre el capital que ya ha sido objeto de pago a través de mecanismos de financiación como los bonos pensionales y las cuotas partes de entidades contribuyentes, como consecuencia ineludible del pago de mesadas pensionales. En efecto, es irreparable la pérdida de integridad del músculo financiero con que se respalda el pago de la prestación, por lo que forzar a través de una ficción jurídica la vuelta al estado anterior en que se encontraba las cosas, va en detrimento de los recursos de la Seguridad Social, bien sea que provengan de la Nación y/o demás entidades que deben contribuir al financiamiento del pasivo pensional. Sumado a lo anterior, se torna inviable la realización de los efectos de la ineficacia, por cuanto no es posible cesar los efectos jurídicos de las operaciones, contratos y actos que involucran a terceros como aseguradoras, entidades oficiales e inversiones, que según la modalidad pensional en que se encuentre el actual pensionado, hayan concurrido en la administración y gestión del riesgo financiero, entre otras muchas problemáticas de orden financiero, que ocasionarían un déficit económico entre los actores del Sistema que han confluído en la gestión de los recursos a través de relaciones jurídicas válidamente suscitadas en el mundo jurídico del Sistema General de Pensiones, en cumplimiento de obligaciones y deberes contractuales que ya se encuentran consumados y perfeccionados con las consecuencias de orden legal y financiero que ello acarrea.

Ahora bien, su señoría si en su saber jurídico se declara la ineficacia del traslado y por consiguiente se ordena a mi representada acoger nuevamente al régimen de prima media al aquí demandante ruego a usted SE ORDENE A la AFP COLFONDOS LA DEVOLUCIÓN DE TODOS LOS APORTES REALIZADOS POR EL DEMANDANTE, porcentaje de garantía de pensión mínima, porcentaje de gastos de administración, porcentaje de primas de seguros de invalidez y muerte, rendimientos y ahorros, tal y como lo dispone la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en las sentencias SL 17595/17, SL 4989/18 Y SL1421/19. Así como también el cálculo actuarial en el entendido que, si

los dineros provenientes de las AFP PROTECCIÓN S.A. no alcanzaren a pagar la totalidad de la pensión de vejez, esta última quede con la obligación de balancear estos valores los cuales deben ser indexados al momento de su entrega en consideración a la pérdida adquisitiva del valor del dinero.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, qué consecuencias jurídicas se derivan de ello.

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 del demandante, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES se consultará la sentencia en favor de esta última 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 del 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 el 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 28 al 32 del documento 02 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 25 de mayo de 1995, como se acredita con el formulario de afiliación a dicho fondo obrante a folio 26 del expediente, posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN

S.A. el 23 de julio de 2004 con efectividad a partir del 1° de septiembre de 2004 como se acredita con el formulario de afiliación a dicho fondo obrante a folio 27 del documento 02 del expediente digital.

De otra parte, si bien el demandante no es beneficiario 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 HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. en el año 1995 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 el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:10:30 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 03 del expediente digital), no se advierte que este haya reconocido que las AFP demandadas le hubieren brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no confiesa el actor, que se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son 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.

Conforme lo expuesto en precedencia, si bien no le asiste razón a los apelantes, sobre la improcedencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, sí les acompaña la razón en lo concerniente que los efectos jurídicos de la declaratoria de ineficacia, no podría ser los establecidos por el *a quo*, encontrándose que, en la sentencia de primera instancia se ordenó pagar en el RAIS una pensión bajo las reglas del RPM lo que no había sido petitionado en la demanda, pues la consecuencia de la ineficacia del traslado del actor al RAIS, debe ser que regresa al RPM administrado por COLPENSIONES al que se encontraba afiliado antes de su traslado al RAIS.

De otra parte, como consecuencia del regreso del actor al RPM de COLPENSIONES, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES,

PROTECCIÓN S.A. debe a reintegrar a COLPENSIONES, el valor de las cotizaciones obligatorias con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o comisiones de administración, incluyendo los porcentajes que fueron destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de las cotizaciones del demandante.

De igual manera PORVENIR S.A., deberá devolver a COLPENSIONES los gastos o comisiones de administración, que fueron descontados de las cotizaciones del demandante, incluidos los porcentajes de pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima en el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dicha AFP, es decir el porcentaje no entregado a PROTECCIÓN S.A., para completar el 100% de las cotizaciones del 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 CSJ 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.”

Al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de las AFP demandadas, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, que además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Ahora, respecto de los bonos pensionales que eventualmente se hayan pagado en favor del actor, es necesario indicar que al menos en lo atinente al bono pensional tipo A, no se debe realizar reintegro a COLPENSIONES, toda vez que al ser ineficaz la afiliación del demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional tipo A, y por tal razón, en el hipotético caso que el referido bono hubiese sido pagado de manera anticipada al actor, lo cual no se encuentra acreditado en el plenario, se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

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.

De otra parte, el hecho que el actor regrese al RPM de COLPENSIONES, no necesariamente le va a causar una carga económica, a esta entidad o mejor a los recursos del fondo común de los afiliados, por un mayor monto de la pensión en el RPM, como lo plantea el apoderado de esta entidad en la apelación y los alegatos, pues el monto de la pensión de vejez, tanto en el RAIS como en el RPM depende de muchas situaciones de hecho ciertas y de voluntad del afiliado, que no están plenamente probadas en ese proceso, y otras que incluso pertenecen al mundo del azar, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en que el monto de la pensión en el RAIS sea reducido, o si por ejemplo en el RPM por azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando como independiente con el IBC en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

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

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

SIN COSTAS en esta instancia por haber prosperado parcialmente la apelación de todas las partes.

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 23 de agosto de 2021 proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor IVÁN DARÍO ARIAS BOHÓRQUEZ, contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, pero por las razones expuestas en esta instancia, y se **REVOCA** en todo lo demás para en su lugar:

DECLARAR, que, por efecto de la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante al RAIS, su afiliación válida es la del régimen de prima media en COLPENSIONES, entidad está a la que se le ORDENA reactivar sin solución de continuidad la afiliación, e incluir en la historia laboral del actor las semanas cotizadas en el RAIS.

ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. efectuar la devolución a COLPENSIONES, del valor de las cotizaciones obligatorias con sus rendimientos o intereses existentes en la cuenta de ahorro pensional del demandante, así como los 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 el 100% de las cotizaciones del demandante sin descuento de ninguna índole.

De igual manera se ORDENA a la AFP PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES los gastos o comisiones de administración, que fueron descontados de las cotizaciones del demandante, incluidos los porcentajes de 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 en el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dicha AFP, es decir el porcentaje no entregado a PROTECCIÓN S.A., para completar el 100% de las cotizaciones del demandante sin descuento de ninguna índole.

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

TERCERO: 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: **f02c4ba134727f385b50dbdd3c734395b88ee35a44bd49e13788eec2e54ce923**

Documento generado en 06/10/2022 01:55:31 PM

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