

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE TRÁMITE Y FALLO

El trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN se constituyó en audiencia, con el fin de resolver los recursos de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia en el presente proceso ordinario laboral promovido por **MARYLUZ VALLEJO MEJÍA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la **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.), y **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (en adelante OLD MUTUAL S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-003-2017-00365-01.

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

1. ANTECEDENTES

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia 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 fundamentos fácticos de sus pretensiones relata la demandante que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (en adelante ISS), hoy COLPENSIONES el 29 de abril de 1983, y posteriormente se trasladó, en el mes de junio de 1995 a PROTECCIÓN S.A., posteriormente en junio de 2001 a PORVENIR

S.A., en abril de 2002 a Santander S.A., en el mes de enero de 2009 a ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y en septiembre de 2013 a SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A., en la que se encuentra afiliada en la actualidad.

Asegura que el asesor PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado le informó que en este fondo privado se pensionaría a la edad que quisiera y con un mayor valor pensional, y que el ISS iba a desaparecer.

Aduce que no fue debidamente informada por los fondos de pensiones de sobre los efectos del traslado, no le hablaron de las diferentes modalidades pensionales, no se le explicó que debía ahorra más para obtener una mejor pensión, no le presentaron un cuadro comparativo o proyección en ambos regímenes, para determinar la conveniencia a de traslado de régimen.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, disponiendo la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, declarándolo inmerso en el RPM. Condenó a OLD MUTUAL S.A., al pago de pensión de vejez a favor de la actora con base en las normas legales del RPM, con causación desde el 21 de junio de 2018, pero con el disfrute supeditado al retiro laboral efectivo.

Además, ordenó el juez, a COLPENSIONES, aceptar una subrogación pensional en el pago de la pensión al demándate, que le debe proponer OLD MUTUAL S.A., agotando el procedimiento en el cual, dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, OLD MUTUAL S.A., liquidará y pagará la pensión bajo los parámetros del RPM con base en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003. Dentro del mes siguiente a la liquidación y pago de la mesada pensional, OLD MUTUAL S.A., solicitará por escrito a COLPENSIONES que liquide un título para subrogación pensional y una vez liquidado por Colpensiones, lo presentará a PROTECCIÓN S.A. y a ésta lo pagará dentro del mes siguiente a Colpensiones.

También, el juez, facultó a OLD MUTUAL. a recobrar a PORVENIR S.A. el 5% y a PROTECCIÓN S.A. el 80% de las sumas necesarias para financiar la pensión de vejez del actor, el 15% restante lo asumirá OLD MUTUAL S.A. y se le autorizó usar los dineros de la cuenta de ahorro individual del actor con los rendimientos para la subrogación pensional.

Finalmente decidió condenar en costas procesales a PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL y PORVENIR S.A.

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 frente al traslado, porque ni la constitución, ni la ley, ni norma jurídica 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 económico.

Luego aduce que, las actividades que realizan las administradoras de fondos de pensiones son 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 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 dado al actor una información clara, veraz y oportuna al momento del traslado, y si bien en el proceso se encuentran formularios de afiliación, son pre-formatos 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 esta 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 RECURSOS DE APELACIÓN.

Los apoderados judiciales de todas las partes presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia así:

APELACIÓN DE OLD MUTUAL S.A.

La apodera de OLD MUTUAL S.A., adujo en la apelación, que las obligaciones dadas en la sentencia recaen casi que única y exclusivamente en contra del fondo, cuando en la contestación de la demandada no se presentó ninguna oposición, por lo que no encuentra lógico que se haya presentado un traslado de régimen con una AFP diferente a OLD MUTUAL, muchos años antes de afiliarse a esta sociedad y se asuma que es OLD MUTUAL la que debe reconocer la pensión de vejez bajo las características del régimen de prima media.

Alega que OLD MUTUAL es una AFP del régimen privado y solo reconoce prestaciones bajo las normas de este régimen, que sería una sobrecarga asumir una prestación y luego hacer un recobro a las codemandadas para solicitar el pago del título pensional.

Solicita se observe el cumplimiento de los requisitos legales por OLD MUTUAL en caso de que se mantenga la postura del regreso de la demandante a COLPENSIONES se ordene el traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual sin cuotas de administración.

Indica que no se opone a que se ordene el traslado de la demandante al RPM más si al pago de la pensión.

APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.

La apodera de PROTECCIÓN S.A., argumentó en la apelación, que en el tema que concierne a la subrogación pensional de esta AFP de recibir un cobro de OLD MUTUAL del 75% del título pensional, es una condena, que sorprende a la parte

pues viola el principio de congruencia ya que supera lo pedido en la demanda que solicita es la ineficacia de la afiliación que necesariamente causaría que las cosas vuelven a su estado inicial, siendo Colpensiones el encargado de reconocer las prestaciones económicas a favor de la demandante.

Arguye que el RAIS y el RPM son dos regímenes diferentes y excluyentes, por lo que la AFP no puede reconocer prestaciones edificadas en el rpm. Lo tanto, a OLD MUTUAL le correspondería trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES.

Señala que esta decisión puede ir en desmedro de los intereses de la parte demandante, pues el derecho está en formación y los recursos de su cuenta de ahorro individual son los que financian su pensión.

Indica que la AFP no tienen dineros de la demandante pues cuando se trasladó de administradora se pasaron los dineros por lo que no tiene el dinero para financiar la pensión y que, además, no se probaron perjuicios ni fueron solicitados con la demanda.

Finalmente alega que tampoco habría lugar a la condena en costas, pues protección no podía tomar decisión alguna sobre la eficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y se requería de una sentencia judicial.

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A., expresó en la apelación, que en cuanto a la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR, para esta fecha era permitido por la Superintendencia Financiera de Colombia dar información verbal y la prueba era el formulario de afiliación, se le está exigiendo una documentación que para la fecha no se exigía por la legislación.

Señala que el deber de información de Porvenir con la afiliada no se puede medir con el mismo racero si la demandante estuviera haciendo un traslado de régimen y que Porvenir cumplió con las exigencias legales de la época.

Que en cuanto al pago del 5% del cálculo actuarial no hay lugar a este pago, pues las consecuencias de la posible ineficacia las establece el artículo 272 de la ley 100 de 1993 y es que las cosas se retrotraen al estado anterior y lo es en este caso, que la demandante estaba en una entidad, es decir Colpensiones.

Señala que no habría además un detrimento patrimonial para COLPENSIONES pues se ordenaría el traslado de unos aportes con rendimientos que nunca se habrían causado en el RPM.

Que, en cuanto a la condena en costas, es accesorio, que no procederían condenas del juez de instancia y por lo tanto no lo habría a la condena en costas.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES adujo en la apelación, que el juez absuelve a COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda sin embargo ordena admitir la subrogación pensional de la demandante y la forma de hacerse. Que se aparta de esta decisión pues considera que es una condena incongruente de conformidad con lo solicitado en la demanda pues no se pidió pensión de vejez, es una sentencia que no está de acuerdo con los hechos y pretensiones de la demanda y, además, no tuvo la oportunidad de oponerse a esta pensión presentando las correspondientes excepciones.

Señala que en la actualidad se encuentra trabajando como lo confesó en el interrogatorio de parte y aunque cumplió la edad y según lo dice el juez las semanas no procede el disfrute por cuanto lo supedita a que se retire del sistema y se imponen unas obligaciones que se han causado a futuro o pueden no surgir.

Que solicita se nieguen las pretensiones o en caso de que se mantenga la ineficacia de la afiliación se haga en los términos legales. Y en caso de que se mantenga la condena al pago de la pensión de vejez se adicione ordenando los descuentos en salud.

Luego indica que COLPENSIONES es un tercero en el traslado de régimen y es sobre las administradoras que deben correr las obligaciones.

APELACIÓN DEL DEMANDANTE.

La apoderada del DEMANDANTE indicó en la apelación, estar conforme con la declaración de ineficacia de la afiliación al RAIS, pero que se aparta de la consecuencia que trae el despacho de la ineficacia pues la demanda está sustentada en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 que se refiere a la selección de régimen que debió ser libre y voluntaria, basada según la jurisprudencia en una

libertad informada y que no cumplirse trae como consecuencia además de una multa que la afiliación quede sin efecto como lo dispone el artículo 271 de la ley 100 de 1993.

Aduce que si el acto no tiene eficacia jurídica hay que retraer la actuación al momento en que ocurrió la selección del RAIS, es decir queda inmersa en el RPM, pero la dificultad es que la AFP asuma una pensión como si estuviera en el RPM, pues son dos regímenes diferentes, como la reconocería y si sería vitalicia. Y aunque no se solicitó en la demanda sí tiene la facultad de ordenarla, pero en este caso no es conveniente que la demandante reciba una pensión en el RAIS como si fuera el RPM.

Pide entonces que se ordene que ante la ineficacia el traslado a COLPENSIONES, esta entidad debe asumir esa carga validar la afiliación sin que haya un detrimento para este fondo.

Que, en cuanto a las costas, esta es una condena objetiva a cargo de quien pierda en el proceso, por lo que sí debe haber costas a cargo de todas las demandadas.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de OLD MUTUAL S.A., COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., presentaron oportunamente escrito de alegación, en los siguientes términos:

ALEGATOS DE OLD MUTUAL S.A.

OLD MUTUAL S.A, argumenta resumidamente en los alegatos que nada tuvo que ver con las razones que motivaron a la señora **MARYLUZ VALLEJO MEJIA** para trasladarse de régimen, en el año 1995 a través de **PROTECCIÓN**, por consiguiente, **OLD MUTUAL, es ajena a la pretensión de la demanda sobre la ineficacia del traslado.**

La prueba recaudada, logró establecer el cumplimiento de la ley por parte de OLD MUTUALPENSIONES Y CESANTÍAS, S.A. como administradora de fondos de pensiones.

El Juzgado de Primera Instancia al valorar las pruebas aportadas al proceso, dio cuenta de que efectivamente la demandante estuvo afiliada con OLD MUTUAL

Pensiones y Cesantías, afiliación que obedeció a la solicitud del demandante, toda vez que mi prohijada no hace afiliaciones a menos que el interesado lo solicite.

Se hace imperioso resaltar la validez del traslado para afiliarse a OLD MUTUAL S.A., el cual se efectuó con el lleno de los requisitos legales y con el cumplimiento de todas las obligaciones de mi representada como AFP, en especial las de una competente asesoría e información. Debe decirse que cuando la actora solicito la afiliación a OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías, ya se encontraba inmersa en la prohibición de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; así las cosas y ante la imposibilidad de retornar mi representada procede con la afiliación y administra de la mejor manera los recursos de la actora a su total satisfacción.

Sin embargo, y considerando que actualmente la actora se encuentra afiliada a OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías, ahora Skandia, y que esta AFP **no formuló oposición a la devolución de aportes y de sus rendimientos**, en el evento que el Despacho considerara procedente declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de la demandante, sin embargo este apoderado judicial **se opone a la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia**, toda vez que con dicha decisión se condena a OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías a reconocer y pagar una pensión de vejez con las condiciones de un régimen distinto como lo es el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado exclusivamente por Colpensiones y bajo el argumento inexistente de que mi representada haya causado perjuicios a la demandante.

No obstante y a pesar de no haber formulado oposición en la respuesta a la demanda frente a las pretensiones de la actora, en el sentido de que sea declarara la ineficacia o nulidad del traslado y en función de ello trasladar los aportes existentes en la CAI (cuenta de ahorro individual) de la actora, la parte que represento se encuentra inconforme con la posición mostrada por dicha judicatura y así lo expuso al interponer y sustentar recurso de apelación contra la decisión que se recurre, toda vez que con esta decisión no sólo le adjudican responsabilidades que legalmente no tiene mi prohijada y que por lo tanto no pudieron ser probadas dentro del proceso, sino que condena a que reconozcamos una pensión con características que no están contempladas ni previstas en el ordenamiento jurídico.

Posición que claramente contraría las sentencias ya decantadas de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en las cuales se ha establecido como

consecuencia de la declaratoria de ineficacia, que el afiliado deba ser retornado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, dándose a entender que nunca estuvo afiliado al RAIS.

De otro lado, en sus consideraciones, el Juez encuentra probado el deterioro económico en el valor de la pensión de la actora, tras la revisión de las proyecciones pensionales aportadas con la demanda, y para ello, expone su propia tesis, indicando que deberá ser OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías, quien asuma tal consecuencia teniendo que reconocer y pagar la pensión de vejez, en los términos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si mi prohijada hubiera causado algún perjuicio a la señora VALLEJO.

Postura que no sólo se aparta de lo dicho por las Altas Cortes, sino que también es totalmente ajena a lo establecido en la Ley 100 de 1993, pues no se contempla allí norma alguna en la que se establezca esa mezcla entre regímenes, siendo totalmente improcedente, pues cada uno de ellos tiene características muy diferentes, que imposibilitan hacer efectiva la decisión adoptada en primera instancia.

No existe norma legal que obligue a una entidad del régimen de ahorro individual con solidaridad, para otorgar una pensión con el régimen de prima media con prestación definida. **La justicia ordinaria tiene que decidir de conformidad con la ley, no tiene facultad legal para crear regímenes mixtos.**

La decisión de primera instancia deja de aplicar la Ley y crea una norma como si fuera parte del poder legislativo.

En consideración a lo expuesto, y ante la incongruencia entre lo probado en el proceso y lo decidido por el Juez de Primera Instancia, es importante para la sociedad OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS insistir en los argumentos esbozados desde la contestación de la demanda y en el transcurso del proceso, reforzados incluso en la etapa de alegatos de conclusión, donde se tuvo en cuenta la práctica de la prueba, para solicitar ahora al Honorable Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, **LA REVOCATORIA** de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín.

ALEGATOS DE PROTECCIÓN S.A.

OLD MUTUAL S.A, argumenta resumidamente en los alegatos que se ratifica en las consideraciones efectuadas en el recurso de apelación sustentado al momento de su interposición y, adicionalmente hacer referencia a las precisiones efectuadas recientemente por la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto con radicado No. 2019152169-003-000, del día 17 de enero de 2020, en el que emitió su pronunciamiento frente a los interrogantes planteados por ASOFONDOS sobre la declaratoria de ineficacia o nulidad de traslado y sus consecuencias, esto último para que sea observado por el Honorable Tribunal Superior de Medellín en el caso en que se revoque

Señaló, entre otras, las siguientes:

1. El Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993 integra dos regímenes pensionales excluyentes entre sí pero que coexisten, estableciendo, entre otras características, la posibilidad de trasladarse libremente entre estos atendiendo unos términos mínimos de permanencia y edad, así como la de sumar las cotizaciones hechas en ambos para efectos de reunir las condiciones que dan derecho a las prestaciones que este Sistema otorga a los afiliados.
2. Frente a las prestaciones que se reconocen en uno y otro régimen, el legislador dispone reglas que no permiten que su resultado sea comparable, pues en el RPM los afiliados obtienen prestaciones cuyas condiciones y montos están definidos en la ley mientras que en el RAIS las prestaciones y pensiones que se reconocen dependen directamente de los valores ahorrados en la cuenta individual de los afiliados.
3. El acto jurídico del traslado goza de validez jurídica en cuanto a que cumplió en su totalidad con los presupuestos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil.
4. El consentimiento informado corresponde a un asunto probatorio; pero, en todo caso, sugiere, en línea con lo expuesto por la Corte Constitucional, unos parámetros que deben ser revisados por los operadores judiciales al momento de tomar sus decisiones, apoyándose en criterios técnicos en los que se determine que no se generará una afectación al Sistema General de Pensiones, atendiendo para ello los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Para el caso que nos ocupa, es importante precisar que la demandante ha realizado las siguientes actuaciones conforme se pasa a exponer:

Solicitó su traslado desde el RPM administrado por el I.S.S. hoy Colpensiones hacia Protección S.A., el día 30 de junio de 1995.

La demandante sí conoció sobre la posibilidad de efectuar ahorros adicionales para incrementar su capital dado que reposa en los archivos de Protección la solicitud de

afiliación al Fondo de Pensiones Voluntarias de Protección del día 24 de enero de 2013.

Solicitó su traslado desde Protección hacia Old Mutual, razón por la cual, mi representada trasladó los aportes correspondientes con sus respectivos rendimientos, por lo que el saldo a la fecha es cero.

Por otra parte, la señora Mariluz Vallejo Mejía, al momento de realizar su traslado hacia mi representada, recibió asesoría por parte de los funcionarios de la administradora quienes le reiteraron, entre otras cosas, la posibilidad de pensionarse anticipadamente, en que consistían los ahorros voluntarios, cómo funcionaba la rentabilidad de los recursos abonados en su cuenta de ahorro individual, el factor de heredabilidad, y otras características diferenciales entre regímenes que el mismo demandante conocía y que fueron determinantes para mantener su decisión y permanecer afiliado al RAIS por más de 20 años, y así lo confirmó pues debe reiterarse al Honorable Tribunal que la misma recibió Re asesoría pensional y no ejerció su derecho a la libre escogencia del régimen pensional estando habilitada para ello, en cambio aunó todo su esfuerzo para permanecer afiliada a la AFP, por lo que puede observarse que su intención era pensionarse bajo las características y condiciones establecidas en el artículo 64 y siguientes de la ley 100 de 1993.

Por lo tanto, mi representada cumplió con los requisitos legales exigidos para la fecha en cuanto al deber de información, pues la asesoría brindada por mi representada se efectuó de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de la afiliación, es por esto que se reiteran los argumentos expuestos en los fundamentos de defensa y se insiste en la solicitud de revocar la decisión adoptada por el a quo, pues como ya se indicó, la demandante sí contaba con el consentimiento informado en los términos que se exigían en dicho momento para el traslado entre regímenes por las disposiciones legales vigentes, y así lo manifestó cuando absolvió el interrogatorio de parte, pues la mismo confesó no haber sido engañado u obligado a suscribir el formulario de afiliación ante mi representada.

Teniendo en cuenta lo anterior, la decisión del Juez de Primera Instancia va en contravía de la Constitución Política De Colombia y la ley 100 de 1993 pues está dejando de un lado la creación que introdujo la mencionada ley en su artículo 12 en la que indico “El Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes

solidarios excluyentes pero que coexisten (...)”, al efecto ambos régimen exigen del afiliado el cumplimiento de una serie de requisitos que van a definir su pensión pero para que esto ocurra, también se requiere que ellos presten toda su atención en su futuro pensional.

El legislador determinó expresamente la facultad para que el afiliado, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, la libertad de escoger entre uno u otro régimen efectué la afiliación o traslado que crea conveniente para acceder a las prestaciones del sistema general en pensiones; pero en ningún momento previó la posibilidad de que el RAIS, siendo un sistema de capitalización donde el actor principal es el afiliado ya que es el encargado de construir su pensión con el capital que logre acumular en su cuenta de ahorro individual, asuma prestaciones pensionales edificadas sobre las características del RPM o que asuma cálculos actuariales con miras a subrogación pensional en favor de Colpensiones. Por esta razón resulta ilógico que se haya condenado a mi representada a ejecutar una serie de acciones bajo una figura jurídica que fue establecida solo para el RPM, siendo necesario hay que reiterar que con la decisión tomada por el a quo se desconoce la exclusión entre el RPM y el RAIS.

Aunado a lo anterior y frente a los criterios técnicos a los que se refiere la Superintendencia Financiera de Colombia es importante aclarar que las disposiciones legales que regulaban los parámetros para los cálculos actuariales diferían de los hoy existentes ya que, los sistemas se tienen que ir ajustando a las realidades y por ende, se expidieron una serie de resoluciones que modificaron las expectativas de vida y la introducción de parámetros adicionales que sin lugar a dudas permiten que sean los mismos afiliados que financien su pensión, garantizando así una sostenibilidad financiera del sistema, no está de más precisar que las administradoras no pueden entrar a financiar una pensión que la misma disposición legal establece que hay una forma de financiarla.

Ahora bien, en el hipotético caso en que la delegatura determine que la sentencia debe ser revocada y en consecuencia se declare la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y se condene a la AFP a trasladar hacia COLPENSIONES los aportes hechos por la señora Vallejo Mejía a la AFP, solicito atender lo indicado por la Superintendencia Financiera de Colombia en el concepto anteriormente referido, frente a sus consideraciones sobre la distribución de la cotización determinado por el artículo 20 de la Ley 100 de 19931 modificado por el artículo 1” ARTÍCULO 20:

MONTO DE LAS COTIZACIONES. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización. En el régimen de prima media con prestación definida el 10,5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes. En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. A partir del 1o. de enero del año 2004 la cotización se incrementará en un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización. Adicionalmente, a partir del 1o. de enero del año 2005 la cotización se incrementará en medio por ciento (0.5%) y otro medio punto (0.5%)

7 de la Ley 797 de 2003, en el que resaltó lo siguiente:

“(...) En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. (...)”

Concluyendo que no resulta viable el traslado de sumas diferentes a los aportes y sus rendimientos tales como comisión de administración, aquellas asociadas con las primas previsionales y de reaseguro pues considera que, frente a la comisión de administración, esta se justifica en la medida en que, al ser los fondos de pensiones obligatorias patrimonios autónomos integrados por las cuentas de ahorro individual de los afiliados que son independientes al patrimonio de la administradora, esta ha desplegado una serie de actividades para su conservación, entre otras: (i) la elección adecuada de los instrumentos financieros en que se invierten los recursos con el fin de obtener rendimientos en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establece el Gobierno Nacional y que hoy se encuentra recogido en el Decreto 2555 de 2010; (ii) la valoración diaria de la unidad que compone

dichos patrimonios autónomos, en cumplimiento de lo establecido en el Capítulo I de la Circular Externa 100 de 1995 expedida por esta Superintendencia. (iii) Y, en caso de no generarse la rentabilidad mínima exigida en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, proceder a responder con su propio patrimonio y con la reserva de estabilización que corresponde al 1% del valor del fondo administrado, que debe estar invertida.

A partir del 1o. de enero del año 2008, el Gobierno Nacional podrá incrementar en un (1%) punto adicional la cotización por una sola vez, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto sea igual o superior al 4% en promedio durante los dos (2) años anteriores. (...) Los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán a su cargo un aporte adicional de un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización, destinado al fondo de solidaridad pensional, de conformidad con lo previsto en la presente ley en los artículos 25 y siguientes de las mismas condiciones que el correspondiente fondo, evitando así, perjuicios para los afiliados.

Así mismo, indica que los recursos destinados para el pago de primas previsionales para la asunción de los riesgos de invalidez y sobrevivencia son sumas de dinero que cumplieron con su finalidad y, por lo tanto, no fueron administrados por la Administradora, sino que, por el contrario, fueron entregados mes a mes a las aseguradoras en cumplimiento de unas obligaciones contractuales, con el fin de asegurar la cobertura contra los riesgos anteriormente descritos.

Todo lo anterior para solicitar al Honorable Tribunal Superior de Medellín lo siguiente:

Acoger los argumentos de hecho y de derecho que se exponen a lo largo del presente documento para revocar la decisión tomada por el Juez de primera instancia en cuanto a las condenas y ordenes impuestas a mi representada, toda vez que las mismas atentan directamente contra el principio de congruencia establecido en el artículo 281 del CGP, aplicable por remisión expresa a los procesos ordinarios laborales, en cuanto a que no hay identidad entre lo pedido por la parte actora y lo resuelto por el a quo, considerando esta operadora jurídica que el fallo es totalmente arbitrario y violatorio de las disposiciones legales colombianas, además de que se violenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que se imponen unas cargas propias del RPM a una AFP del RAIS, al

condenar a la AFP a reconocer una pensión de vejez bajo los parámetros del RPM bajo una figura propia de este mismo régimen, esto es un cálculo actuarial con miras a subrogación pensional.

En caso a que se acceda a lo solicitado por la parte demandante y se declare la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y consecuentemente se condene a trasladar hacia COLPENSIONES los aportes realizados por la demandante a la entidad a la que represento, le solicito al Honorable Magistrado que observe el concepto de la SFC antes referido y de ser coincidente con sus consideraciones, acoger los argumentos indicados por dicha entidad y por lo tanto, absuelva a mi representada de trasladar los conceptos de cuotas de administración y seguros previsionales, pues como ya se indicó, los mismos fueron destinados a mantener una cobertura integral de la señora Vallejo Mejía, frente a los riesgos de invalidez y muerte, y a cubrir los gastos de administración que se generaron por la gestión de su ahorro pensional que le permitió contar con los rendimientos que incrementaron el capital de su cuenta, durante todo el tiempo que la misma permaneció afiliada en la Administradora.

Finalmente considerar la petición elevada consistente en que se revoque la condena en costas impuesta a mi representada, toda vez que, las solicitudes sobre las cuales la parte actora pretende un pronunciamiento y/o reconocimiento, no son objeto de decisión oficiosa por parte de la AFP a la que represento.

ALEGATOS COLPENSIONES

Solicita ABSOLVER a la entidad de las condenas impartidas en la sentencia, por lo que pide en el caso bajo estudio realizar las siguientes consideraciones:

Análisis de las normas en materia de asesoría de traslado pensional.

Analizar la información suministrada por las AFP y el alcance de la asesoría brindada al momento de la afiliación, con las normas vigentes para la fecha de suscripción del formulario o la materialización del traslado, toda vez que no se hace razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, desvirtuándose el principio de confianza legítima, violando el debido

proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación en el futuro.

Carga dinámica de la prueba.

La regla general, es que corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso. El Juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias. Dentro del presente proceso la carga de la prueba no está sólo en cabeza de las AFP al probar que hubo o no información y si esta fue oportuna o no. La demandante, está en condiciones de arribar pruebas que permitan demostrar su responsabilidad en la toma de decisión de trasladarse entre el RPMPD y el RAIS.

No puede considerarse a la demandante la señora Mary Luz una parte débil e indefensa dentro del presente proceso. Demuestra con el interrogatorio de parte que ha ejercido de forma libre y voluntaria su derecho a escoger el régimen pensional que más le favorezca, pues no fue refutado dentro del presente proceso que su firma no fuese la plasmada en el documento de afiliación. Así pues, no se logra evidenciar un vicio, fuerza o dolo al momento de trasladarse el afiliado del RPMPD al RAIS, toda vez que permaneció afiliada al RAIS administrado por las diferentes AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., OLD MUTUAL por más de veinte (20) años, periodo durante el cual tuvo el tiempo de asesorarse, solicitar información sobre su situación pensional ante el fondo, además pudo acercarse a Colpensiones a fin de solicitar asesoría antes de que le faltaren menos de 10 años para pensionarse, y con pocas pruebas pretende a través de la jurisdicción ordinaria resarcir su propio error al no haber tomado la decisión oportuna de trasladarse al RPMPD.

No puede perderse de vista aspectos relevantes evidenciados dentro del proceso, donde resulta claro que la señora Mary Luz tenía intenciones de permanecer al RAIS administrado por actualmente por la AFP OLD MUTUAL, entidad donde se encuentra activa, reitero, y pretenda alegar la ignorancia de la ley para dejar sin efectos un acto jurídico de selección de régimen pensional.

Es obligación de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones, conforme lo establece el Decreto 2241 de 2010:

Artículo 4º. Deberes. Los consumidores financieros del Sistema General de Pensiones tendrán los siguientes deberes, en lo que les sea pertinente:

Informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones, del nuevo sistema de administración de multifondos y de las diferentes modalidades de pensión.

Aprovechar los mecanismos de divulgación de información y de capacitación para conocer el funcionamiento del Sistema General de Pensiones y los derechos y obligaciones que les corresponden.

Emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, como son entre otras, la afiliación, el traslado de administradora o de régimen, la selección de modalidad de pensión y de entidad aseguradora que le otorgue la renta vitalicia o la elección de tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos", según sea el caso.

4. En todo caso, toda decisión por parte del consumidor financiero deberá contener la manifestación expresa de haber recibido la capacitación e información requerida para entender las consecuencias de esta o en su defecto la manifestación de haberse negado a recibirla.

Leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación, así como diligenciar y firmar los mismos y cualquier otro documento que se requiera dentro del Sistema General de Pensiones, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 25 del Decreto 692 de 1994 y las normas que lo modifiquen o sustituyan.

Las decisiones que se tomen dentro del Sistema General de Pensiones, manifestadas a través de documentos firmados o de otros medios idóneos autorizados para ello, implicarán la aceptación de los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias derivadas de las mismas. En tal sentido, cuando de conformidad con la normatividad aplicable el silencio o la no toma de decisión por parte de los consumidores financieros de lugar a la aplicación de reglas supletivas establecidas en ella con impacto en sus cuentas de ahorro pensional, se entenderá dicho silencio como la toma de una decisión consciente con los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias que ello conlleve.

6- Mantener actualizada la información que requieren las administradoras del Sistema General de Pensiones de conformidad con la normatividad aplicable.

Informarse sobre los órganos y medios que la administradora ha puesto a su disposición para la presentación de peticiones, solicitudes, quejas o reclamos.

Propender por el uso de los mecanismos que las administradoras del Sistema General de Pensiones pongan a disposición de los consumidores financieros para la educación financiera y previsional, así como para el suministro de información.

Conforme lo anterior, existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al Sistema General de Pensiones, destacándose que el SILENCIO de la señora Mary Luz en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado. Aspecto que no fue analizado en la sentencia de primera instancia, existiendo elementos notorios que exponían la intención de la demandante de trasladarse al RAIS, como fue el hecho de permanecer más de 20 años afiliada al mismo régimen pensional.

Al respecto en la sentencia SL-413-2018, expresó:

“Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado”. (Subrayado propio)

Retorno al RPMPD y la sostenibilidad financiera

Es de anotar que el Juez de Primera Instancia, al analizar el detrimento que sufre la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, al ser condenada judicialmente a recibir afiliados provenientes del RAIS y las implicaciones económicas que involucran para el RPMPD y su sostenimiento en el tiempo y la garantía de las pensiones a sus futuros pensionados, considerando que resulta improcedente tal actuación, sin embargo, declara la ineficacia de traslado y tácitamente condena a COLPENSIONES a recibirla, resultando ser incongruente las decisiones emitidas por el Juez de instancia.

La Corte se ocupó del tratamiento dado por la jurisprudencia constitucional a la problemática que surge en torno a quienes se trasladaron al régimen de ahorro individual y unificó su jurisprudencia en sentencia SU-130 de 2013 advirtiendo que, “de conformidad con lo previsto en los artículos 13, literal e) y 36, incisos 4° y 5° de la Ley 100 de 1993, tal y como fueron interpretados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición”.

En esta misma línea, en sentencia T- 489 de 2010, expresó:

“(…) la Sala se permite destacar dos ideas, relacionadas ambas con la sostenibilidad económica del sistema pensional. Ellas son: a-- La primera tiene que ver con la protección del capital pensional. No se puede permitir “la descapitalización del fondo”, si personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento, cuando les faltan ya menos de 10 años para concretar su pensión de vejez, a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión, cuyo pago desfinancia el sistema. b- En segundo término, desde una perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material, al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas”

En providencia C-789 de 2002, precisó el alcance de derechos adquiridos y meras expectativas en materia pensional, indicando lo siguiente:

“La Sala Plena consideró que las disposiciones demandadas se ajustaban a la Constitución puesto que, en primer lugar, el derecho a obtener una pensión de acuerdo con el régimen de transición no es un derecho adquirido sino “apenas una expectativa legítima, a la cual decidieron renunciar voluntaria y autónomamente, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad”.

En segundo lugar, indicó que ni siquiera puede afirmarse que las normas acusadas frustren tal expectativa ya que sólo “se podría hablar de una frustración de la expectativa a pensionarse en determinadas condiciones y de un desconocimiento del trabajo de quienes se trasladaron al sistema de ahorro individual, si la condición no se hubiera impuesto en la Ley 100 de 1993, sino en un tránsito legislativo posterior, y tales personas se hubieran trasladado antes del tránsito legislativo”.

Por último, precisó que “la protección constitucional a favor del trabajador, que le impide al legislador expedir normas que les permitan renunciar a ciertos beneficios considerados como mínimos no se refiere a las expectativas legítimas, sino a aquellos derechos que hayan sido adquiridos por sus titulares o a aquellas situaciones que se hayan consolidado definitivamente en cabeza de sus titulares”, razón por la cual tal prohibición no aplica en este caso al tratarse de expectativas legítimas y no de derechos adquiridos”.

Así mismo, indicó la Corte Constitucional en sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, que nadie puede resultar beneficiario 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.

Adicionalmente, 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”.

Por lo tanto, el derecho a trasladarse NO es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales. Desconocer el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones (Art. 48 C.P. adicionado por el art. 1 del Acto Legislativo 01 de 2005) al declarar la ineficacia del traslado de un afiliado del RPMPD a RAIS, pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados; así lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia T-489 de 2010.

Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021, moderó el precedente respecto a la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia, esto es, retrotraer las cosas al estado anterior, tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual.

Ocurre para el caso de la aquí demandante, que la señora Mary Luz Vallejo Mejía ya adquirió el estatus de pensionada al cumplir con el requisito de edad semanas desde el año 2018, como bien quedó probado y demostrado en la sentencia de primera instancia.

A este respecto, el al Alto Tribunal de la especialidad laboral reflexionó que, al haberse adquirido la calidad de pensionado, se produce la imposibilidad de retornar *al statu 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.”*

No es posible revertir ciertos efectos económicos como el deterioro que sufre el capital que ya ha sido objeto de pago a través 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.

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.

Inoponibilidad de las responsabilidades provenientes de la declaratoria de ineficacia frente a terceros

Debe de CONFIRMARSE la sentencia en el sentido que la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, es un tercero absoluto como fue declarado por el juez de instancia conforme lo siguiente:

La ineficacia o nulidad, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso Colpensiones, 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.

De la misma manera, la Sala de Casación Civil, ha definido la inoponibilidad como aquella que “valora la confianza razonable de los terceros de buena fe en aquellos negocios que se presentan objetivamente como válidamente celebrados”,

raciocinio, que a su vez se deriva del principio de relatividad de los negocios jurídicos, es decir, que solo se producen efectos respecto de quienes voluntariamente participan de aquél.

Precisamente, la jurisprudencia en la especialidad civil, indica que la inoponibilidad no requiere de la validez del negocio jurídico, muy por el contrario, algo que es ineficaz entre las partes (como en este caso la afiliación al RAIS), si se tenga como eficaz frente al tercero de buena fe (en este caso Colpensiones). Así se ha dicho que: “cuyo caso no le interesa que no lo alcancen los efectos de un negocio válido e incontrovertible entre las partes, sino todo lo contrario, esto es que se tenga como válido frente a su calidad de tercero un negocio jurídico que carece de eficacia entre los celebrantes”. Es decir, que la inoponibilidad en este caso frente a un negocio jurídico ineficaz permite que sus efectos se mantengan ante un tercero de buena fe, o en otras palabras para el caso concreto, que se mantengan los efectos de la afiliación al RAIS frente a Colpensiones, para lo cual, se probará el desmedro patrimonial que sufre la reserva pensional del RPM en caso de resultarle oponible la ineficacia de los traslados irregulares al RAIS.

La responsabilidad de las AFP por la ineficacia de un traslado, no sólo se deben enmarcar a reparar el daño individualmente sometido a consideración de un Juez, sino que debe tener alcance frente a los daños indirectos que irradian o comprometen los derechos constitucionales de terceros, en razón de la reserva patrimonial de los pensionados y afiliados del RPM que se ven comprometidos con el desmedro que sufre la reserva pensional, y que si bien es cierto, la jurisprudencia ha indicado que al afiliado no le es atribuible y por ende no se le exige la equivalencia económica de los aportes que se devuelven del RAIS al RPM, no es menos cierto, que tal reparo económico lo debe asumir quien ha causado el daño y por virtud de la operancia de la inoponibilidad.

Así pues, en caso de no aceptarse la tesis de la inoponibilidad, se debe evaluar por el Honorable Tribunal Superior de Medellín, la proporcionalidad de la medida que se adopta con la ineficacia del traslado, y ponderar los bienes jurídicos en tensión, para adoptar otra medida, consistente en que sean las AFP aquí demandas quienes asuman las cargas económicas, o que los dineros que se trasladen al RAIS, los devuelvan conforme a un estudio actuarial que determine que con ellos

se cubre en su integridad la prestación en los términos actuariales previstos para el RPM y como quedó sustentado por la Corte Suprema en la sentencia SL373-2021.

Aplicación del Principio de congruencia

Se hace necesario advertir que la condena impuesta por el Juez de Primera Instancia de reconocer y pagar pensión de vejez a la demandante, exceden el objeto del litigio, máxime cuando en el acápite de hechos y pretensiones de la demanda se evidencia no es el objeto de la demanda, por lo tanto, en garantía de los derechos al debido proceso, de defensa y de contradicción de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, y con la intención de mantener el equilibrio procesal entre las partes, debió el Juez de Instancia ABSTENERSE de emitir juicio alguno respecto de lo allí decidido y limitarse a resolver el asunto planteado en la demanda y en su contestación.

Lo anterior, se encuentra ligado al principio de congruencia, que le impone al Juez de conocimiento limitarse a resolver el problema jurídico que le fuera planteado por las partes con la demanda, contestación, excepciones y pruebas, evitando emitir fallos ultra y extra petita.

Los artículos 280 y siguientes del Código General del Proceso disponen a saber:

“Artículo 280. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El Juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes, y de ser el caso, deducir indicios de ella.

(...)

ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas si así lo exige la Ley.

No podrá condenarse al demandando por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancia sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la Ley permita considerarlo de oficio". (Subrayado propio)

Colofón lo anterior, SOLICITA absolver a COLPENSIONES de las pretensiones formuladas por la parte demandante por ser un tercero de buena fe, que se ve afectado por las implicaciones provenientes del negocio jurídico celebrado entre la demandante y la AFP PROTECCIÓN con quien realizó inicialmente selección de régimen de ahorro individual y actualmente afiliada a OLD MUTUAL donde se encuentra activa. Además, se declaren probadas las excepciones formulas en el escrito de contestación a la demanda y en consecuencia condenarse en costas a la parte demandante.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER.

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al régimen pensional de ahorro Individual con solidaridad es ineficaz y de serlo, si los efectos jurídicos derivados por el juez se encuentran ajustados a derecho.

Tramitado el proceso en legal forma, y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la apelación de la sentencia de primera instancia, conforme a lo dispuesto en los Art. 10 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 las partes, se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES por haberle resultado parcialmente adversas al haberse decidido aceptar una subrogación pensional, por lo que la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Para resolver las apelaciones de las partes, la Sala abordará primeramente el punto de inconformidad frente a la decisión del *a quo* de condenar a OLD MUTUAL S.A. al pago de la pensión de vejez a título de indemnización de perjuicios, el pago de un cálculo actuarial y la subrogación en Colpensiones con la financiación de la prestación por las demandadas PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A.

Respecto del anterior asunto, a juicio de esta Sala, no es posible el reconocimiento de pensión de vejez a título de indemnización de perjuicios causados, que fue ordenado por el fallador de primer grado, porque, en la demanda, no se alegaron ni pretendieron perjuicios, ni se pidió en la demanda el reconocimiento de una pensión de vejez y en consecuencia encuentra esta superioridad vulneración al principio de congruencia que debe existir entre la demanda y la sentencia, el cual impone a la autoridad judicial el deber de resolver el litigio con sujeción a los hechos y a las pretensiones.

Ahora, si bien al juez laboral el Art. 50 del CPTSS le permite fallar ultra o extra petita, para ello es necesario el que los hechos que originan la condena hayan sido discutido y probados en el proceso, lo que en este caso no se configuran, pues se reitera, ni en los hechos de la demanda, como tampoco en los fundamentos de derecho, ni en la fijación del litigio se mencionan perjuicios causados en el monto de la pensión que obtendría la demandante en le RPM y en el RAIS, ni se pide el pago de una pensión de vejez, lo que de contera no le ha dado a OLD MUTUAL S.A., PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. la oportunidad de pronunciarse frente al tema respecto del cual se produjo la condena, lo que vulnera sus derechos de contradicción y defensa por lo que la sentencia del *a quo* será revocada en este aspecto.

En razón a lo anterior, pasa la Sala a decidir sobre la ineficacia de traslado de régimen pensional en Consulta de la Sentencia en favor de COLPENSIONES, para

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

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

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.

3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente caso, está acreditado, que la accionante estando afiliada al régimen pensional de prima media, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., el 30 de junio de 1995, según se desprende de la copia de la solicitud de vinculación a ese fondo suscrita por el demandante, vista a folios 151.

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN 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 que dependería su monto.**

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 01:06:00 del disco compacto que milita a folio 210, que contiene el audio de la audiencia del artículo 77 del CPL, no se advierte que haya confesado que la AFP PROTECCIÓN le brindó la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su traslado al RAIS, y si bien señala que se le explicaron aspectos del RAIS, esta información no es suficiente para considerar que el demandante fue suficientemente informado al momento del traslado, pues hay otros aspectos neurálgicos que se debían explicar, 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 oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos y condiciones para ello, la distribución de los aportes en el RAIS, la forma de redención del bono pensional, las diferentes modalidades pensionales, entre otros aspectos que resultan necesario para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, para probar dicha asesoría, contrario a lo afirmado por la apoderada de PORVENIR S.A. en su apelación, 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 siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada.

En ilación con lo anterior, es evidente que la demandada PROTECCIÓN S.A. no le brindó al actor o por lo menos no probó, haberle otorgado, la debida asesoría para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional en el año 1995 que se produjo el citado traslado.

Así las cosas, resulta forzoso concluir que no les asiste razón a las apoderadas de las recurrentes en los argumentos expuestos en los recursos de apelación, por lo que se confirmará la sentencia apelada en cuanto declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, pero por las razones aquí expuestas.

Ahora, frente a la orden dada a OLD MUTUAL S.A., de realizar el cálculo actuarial de las cotizaciones efectuadas por la accionante, debemos señalar que al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que el acto de vinculación al régimen de ahorro individual no produjo ningún efecto, lo que conlleva a la reactivación de la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, con la consecuente devolución a COLPENSIONES, actual administrador de este régimen, por parte del OLD MUTUAL S.A. de todos los valores de la cotización que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, con sus frutos e intereses, sin deducción alguna, referente a cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, tal 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.

Para el caso de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A, se le condenará a trasladar a COLPENSIONES los valores que durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada, hayan descontado de la cotización por concepto de gastos de

administración, es decir, el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la actora.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas, y que solicita la apoderada de PROTECCIÓN en el recurso de apelación sea declarada; 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.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la apelación de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. encaminada a que se revoque la condena en costas que le fue impuesta por el juez de primera instancia, considera esta superioridad que le asiste razón en que esta AFP PORVENIR, pues al igual que Colpensiones, no tuvo ninguna responsabilidad en el traslado inicial de régimen pensional de la actora acaecido en el año 1995, pues es que claro que no fue la primera AFP privada a la que se afilió, por lo tanto no tenía obligación de suministrar asesoría sobre el traslado de régimen pensional, no siendo esta sociedad la que con su actuar generó la ineficacia del traslado y por ende este litigio.

Es de precisar con el fin de resolver el recurso de apelación del demandante que que conforme a las preceptivas del Nral 5 del art. 365 del CGP que establece que: *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial expresando los fundamentos de su decisión.”*

En este caso al haberse establecido que PORVENIR S.A. no tuvo injerencia en la ineficacia del traslado de régimen y que por lo tanto en su contra prospera parcialmente la demanda, no habrá condena en costas a su cargo, sin embargo, PROTECCIÓN S.A. al haber dado pie a la ineficacia por haber incumplido con sus obligaciones profesionales deberá responder por el pago de las costas procesales.

De acuerdo con lo anterior se revocará la condena en costas que le fue impuesta a PORVENIR S.A., quedando dicha condena únicamente a cargo de PROTECCIÓN S.A. y de la AFP OLD MUTUAL S.A. quien no presentó oposición a esta condena.

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

Sin costas en esta instancia por haber prosperado para cada uno de los apelantes parcialmente el recurso interpuesto.

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 8 de abril de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en el presente proceso promovido por el señor **MARYLUZ VALLEJO MEJÍA**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, y las **SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A.**, en cuanto declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y condenó en costas procesales a PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: REVOCAR en todo lo demás la sentencia apelada, para en su lugar: **ORDENAR** la reactivación sin solución de continuidad de la afiliación del actor al RPM del ISS hoy COLPENSIONES, teniéndole como válidamente cotizados a COLPENSIONES, los ciclos de aportes pensionales efectuados en el RAIS.

TERCERO: ORDENAR a la **AFP OLD MUTUAL S.A.**, efectuar la devolución a **COLPENSIONES**, del 100% de la cotización efectuada por el demandante, y los intereses devengados existentes en la cuenta de ahorro pensional.

Igualmente, se **CONDENA** a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES los valores que durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicha entidad haya descontado de la cotización por concepto de gastos

de administración, es decir el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional del actor.

CUARTO: **REVOCAR** la condena en COSTAS proferida en primera instancia en contra de PORVENIR S.A. para en su lugar absolver a esta entidad de tal condena.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes en ESTADOS.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

FRANCISCO ARANGO TORRES

JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE MEDELLÍN – SALA LABORAL -
HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por
estados N ° **061** del **14 DE ABRIL DE 2021**.

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>

Firmado Por:

**FRANCISCO ARANGO TORRES
MAGISTRADO**

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

JAIME ALBERTO ARISTIZABAL GOMEZ
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD 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: **82ba91fc954571122cdcce11e690df41c57a92decf6f73388a7b2aacf15bef6c**
Documento generado en 13/04/2021 02:34:44 PM