

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El primero (01) de diciembre de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **BEATRIZ ELENA RAMÍREZ MUÑOZ**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-009-2019-00473-01.

AUTO

Conforme a la sustitución de poder allegada vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por la sociedad MUÑOZ MEDINA ABOGADOS S.A.S. quien funge en este proceso como apodera principal de COLPENSIONES, se procede a reconocer personería para actuar como apoderado sustituto de COLPENSIONES al abogado DAIRO MAURICIO TOBÓN CHAMARRO, portador de la T.P. 271.442 del C.S de la judicatura.

Asimismo, conforme a escritura pública 606 del 09 de junio de 2022 de la notaría catorce de Medellín allegada vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por PROTECCIÓN S.A., se procede a reconocer personería para actuar a la abogada NATALLY SIERRA VALENCIA, portadora de la T.P. 258.007 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:

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

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que estuvo afiliada al ISS desde el 21 de abril de 1983 hasta el 31 de marzo de 1994, y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A. el 5 de diciembre de 1994.

Expone que al momento del traslado al RAIS, PROTECCIÓN S.A. no le proporcionó una suficiente, veraz, completa y clara información sobre los requisitos reales para acceder a una pensión en el RAIS, no le realizaron proyecciones económicas que le permitieran tener un conocimiento de cómo se construía una pensión en el RAIS, ni le explicaron las diferencias entre los regímenes, adicionalmente no le brindaron la respectiva asesoría antes de cumplir los 47 años de edad, para poder ejercer su derecho de elección y traslado dentro de la oportunidad legal.

Indica que solicitó ante COLPENSIONES el 15 de marzo de 2019 traslado de régimen pensional, a lo que dicha entidad responde de forma negativa aduciendo que no procedente tal solicitud por cuanto se encuentra a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de primera instancia, despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y condenando en consecuencia a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, cuotas de administración, el porcentaje de la garantía de pensión mínima, el eventual bono pensional, y las primas previsionales, en el término de un mes contado a partir de la ejecutoria de la sentencia, e indicó que el monto trasladado no puede ser inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido en el RPM y de existir déficit, PROTECCIÓN S.A. deberían asumir el pago de la diferencia.

Así mismo, ordenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante al RPM y a recibir la devolución de dichos dineros, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Para fulminar condena, la *a quo* consideró que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a los afiliados al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de PROTECCIÓN S.A. que haya cumplido con su deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de ese consentimiento informado, la suscripción del formulario de afiliación, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado de la demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

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

APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. apela la sentencia parcialmente, en lo que tiene que ver con la devolución de los gastos de administración ordenados y descontados en debida forma de la cuenta de ahorro individual de la demandante, indicando que las deducciones por concepto de gastos de administración se realizaron por disposiciones legales, validas, exequibles, aplicables y vigentes contenidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Expone que la cuenta de ahorro individual de la accionante ha sido administrada de manera oportuna, PROTECCIÓN S.A. ha puesto todo el conocimiento técnico, experticia y todos los profesionales al servicio de la accionante y su cuenta de ahorro individual para que la misma pueda obtener unos rendimientos significativos, mismos que pueden evidenciarse en el aumento del patrimonio de la cuenta de ahorro individual a través de la administración de PROTECCIÓN S.A., teniendo en cuenta que se observan rendimientos por encima del 390% respecto a los dineros depositados por

la accionante en su cuenta de ahorro individual, por lo que considera que es justo poder conservar las deducciones de los gastos de administración.

Aduce que no desconoce las consecuencias de la ineficacia de retrotraer las actuaciones a su estado inicial, sin embargo tampoco debe desconocerse las realidades fácticas jurídicamente relevantes, como que PROTECCIÓN S.A. ha administrado la cuenta de ahorro individual de la demandante desde el momento de la afiliación en el año 1994 hasta la presente fecha, y que dicha cuenta ha mostrado tener unos rendimientos significativos en los que se puede evidenciar de manera ostensible el aumento del patrimonio de la accionante en la cuenta de ahorro individual, por lo que en este sentido devolver dichos dineros incluso con cargo al patrimonio de PROTECCIÓN S.A. se genera de manera directa un detrimento patrimonial en contra de PROTECCIÓN S.A. y un enriquecimiento sin causa a favor de la accionante y COLPENSIONES, teniendo en cuenta que el porcentaje de deducción por concepto de gastos de administración aplica para ambos regímenes.

Indica que se debe tener en cuenta que por la naturaleza del funcionamiento del RPM si la accionante se retrotrae en las actuaciones y se hubiera considerado que siempre estuvo afiliada al RPM nunca hubiera podido demostrar y obtener los niveles y porcentajes de rendimientos que se pueden observar en esa cuenta.

Por lo anterior le solicita al Tribunal Superior de Medellín se revoque la medida de devolución de los gastos de administración al RPM.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación en lo que tiene que ver con el numeral 2º de la sentencia de primera instancia, solicitando al Tribunal se adicione en el sentido que todos los conceptos mencionados en dicho numeral se trasladen de forma indexada por PROTECCIÓN S.A. con destino a COLPENSIONES, teniendo en cuenta las sentencias SL 1421 y SL 1688 de 2019, pues en las arcas de PROTECCIÓN S.A. se encuentran todos los aportes necesarios para cancelar la mesada correspondiente a la demandante, mientras que en el RPM administrado por COLPENSIONES podría verse un detrimento patrimonial, teniendo en cuenta el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados de la demandante, de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES allegaron escritos de alegaciones, en el que señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE PROTECCIÓN S.A.

Llamo la atención del Honorable Tribunal frente al párrafo segundo del numeral primero de la sentencia de primera instancia.

“RESUELVE: PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por señora BEATRIZ ELENA RAMIREZ MUÑOZ identificada con CC No 43.027.050 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 05 de diciembre de 1994 a PROTECCIÓN S.A, por las consideraciones expuestas en esta providencia.

Se precisa que los recursos provenientes del RAIS no podrán ser inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, PROTECCIÓN S.A, se encuentra obligadas asumir el pago de la diferencia.”

No estará obligada Protección S.A a asumir el pago de la diferencia relacionada por cuanto desde la Ley 100 de 1993 en su artículo 12 se establece que los dos regímenes pensionales son excluyentes entre sí, no puede asemejarse el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual.

Es claro q se trata de dos regímenes regidos por características y naturaleza completamente distintas, siendo selección del afiliado someterse a una u otras reglas. Frente a esta selección el legislador ha otorgado como garantía la selección libre y voluntaria a los afiliados conforme al literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y el artículo 271 del mismo Estatuto, ambas disposiciones señalan que el efecto del desconocimiento de este derecho da lugar a la aplicación de las sanciones establecidas y específicamente en el artículo 271 se establece que si la afiliación no es libre ni voluntaria la sanción consiste en que la afiliación respectiva quedará sin efectos.

De conformidad con el PRECEDENTE REITERADO DE LA CSJ la consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen es que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes del traslado, ello implica que el demandante conserva válidamente su afiliación al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA. y el fondo de pensiones debe procede con la devolución a Colpensiones

de la totalidad de los aportes que hubiese recibido durante la vigencia de la afiliación al RAIS.

Por lo tanto, **CONDENAR A PROTECCIÓN S.A a que los recursos a trasladar no podrán ser inferiores al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, PROTECCIÓN S.A, se encuentra obligadas asumir el pago de la diferencia,** no es un efecto propio de la ineficacia, y del precedente establecido por la CSJ sobre la presente materia.

Por lo anterior, solicitamos respetuosamente se revoque el párrafo segundo del numeral primero de la decisión de primera instancia.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Conforme a lo establecido en la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia que mencionó que cuando el afiliado decida trasladarse de régimen o de administradora, expresará su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o ante la nueva entidad administradora, de conformidad con las disposiciones vigentes. Es por ello que la solicitud de afiliación o traslado se analizada de manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993, Artículo 13 Literal B; además las personas que se trasladen al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y posteriormente se devuelvan al ISS, no conservarán el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas el documento suscrito por el accionante solicitando el traslado obedeció a la decisión de una persona plenamente capaz en ejercicio de la autonomía de la voluntad y del derecho a la libre selección que se consagro en el art 2 de la ley 100 de 1993. Si bien el demandante inició cotizando al RPMPD, el mismo se trasladó al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A y solo hasta ahora pretende devolverse para Colpensiones porque se dio cuenta que el RPMD le es más favorable para su pensión manifestando que fue inducido en error.

Además de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que las normas laborales establecen unos requisitos para el traslado de régimen, y prohíbe expresamente el mismo cuando a la persona le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, Conforme al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993

Conforme a lo mencionado, en lo relacionado con la incidencia del principio constitucional de la sostenibilidad del sistema de la seguridad social. Esto, por cuanto los recursos económicos, que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y del bono pensional, pueden ser insuficientes para cubrir cualquier eventual retroactivo pensional al que posiblemente se condenará a mi representada y de esta manera la declaratoria de sin solución de continuidad al régimen de prima media, atentaría contra la sostenibilidad del sistema de seguridad social del régimen de prima media.

Ahora bien, el principio en cita, aplicado a la pretensión del demandante de la declaratoria de la nulidad/ ineficacia del traslado al RAIS, se concluye, que con la eventual orden judicial de tenerlo como afiliado al RPM, se estaría atentando contra la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA PENSIONAL, ya que, al estarse muy cercano a la fecha del cumplimiento de la edad , ya que cuenta con 64 años al día de hoy, los recursos limitados del RPM deberán entrar a cubrir los valores o montos económicos, que adicionalmente sean necesarios para la protección del derecho pensional de aquel, aun cuando dichas cotizaciones, nunca prestaron el servicio de sostener las pensiones del RPM, durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado al RAIS, y si bien, como ya se mencionó, por una parte, COLPENSIONES, tuviera que entrar a cumplir una OBLIGACIÓN DE HACER, que en este caso lo sería AFILIAR AL DEMANDANTE al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad; en un segundo momento y tras el cumplimiento de los requisitos de EDAD y SEMANAS, tendría que desarrollar una OBLIGACIÓN DIRECTA DE PAGO, que en este caso es la prestación pensional asegurada.

Así las cosas, si la sentencia fuese desfavorable para mi representada solicitó muy comedidamente sea tenido en cuenta que la entidad que represento, como entidad estatal que es, está gobernada por el principio de legalidad, por tanto, no puede realizar más actos de los que la Ley le ha permitido, por tanto, cualquier acto administrativo que expida, debe estar acorde al ordenamiento jurídico que lo gobierna. Además sin necesidad de efectuar un dictamen técnico al respecto, en el Régimen de Ahorro Individual se gravan los aportes de los afiliados con un porcentaje de administración, que no existe el Régimen de Prima Media; entonces por no ser equivalente, los aportes transferidos del RAIS al RPMPD, cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado (según se advierte en las sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, rad. 56174) hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir: i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v). Porcentajes destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, **se hagan de manera indexada.**

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES se consultará la sentencia en favor de esta última entidad por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

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

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

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

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

Es así como, en el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folio 19 y 20 del expediente, (Documento 00 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 19 de septiembre de 1994 como se advierte del formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 23 del expediente (Documento 00 del expediente digital), con efectividad al 1º de octubre de 1994 como se advierte en el certificado del SIAFP que milita a folio 134 del expediente.

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP

PROTECCIÓN S.A. en el año 1994 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:18:45 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 21 del expediente digital), indicó que el asesor de PROTECCIÓN S.A. le manifestó que el ISS se iba acabar, que el RAIS era más beneficioso, que velarían por maximizar las pensiones. Las anteriores manifestaciones de la actora no contiene confesión de que la AFP PROTECCIÓN S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, manifiesta 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.

Ahora, conforme lo ha señalado de vieja data la SCL de la CSJ, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP PROTECCIÓN S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que se confirmará la decisión del *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PROTECCIÓN S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES por la AFP PROTECCIÓN S.A., encuentra la Sala que, la orden impartida por la *a quo*, en principio se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, sin embargo al no existir la debida precisión de los dineros a transferir, pues la juez no hizo mención a la devolución del porcentaje del reaseguro de Fogafín, por lo que se precisa en esta instancia, que la AFP PROTECCIÓN S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros

previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues contrario a lo argumentado por la apoderada de PROTECCIÓN S.A. en su recurso de alzada, al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”*.

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, en la que precisó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación dlla actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba la actora antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe

asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Teniendo en cuenta lo anterior, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, 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 la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deba asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Ahora, respecto de la apelación de COLPENSIONES en el sentido en que todos las sumas deban ser devueltas de forma indexada, encuentra la Sala, que en cuanto a la devolución indexada de los recursos de cuenta de ahorro individual, y los rendimientos de la cuenta de la demandante, tal solicitud no es procedente por cuanto estos rubros ninguna depreciación sufrieron por haber generado sus intereses y tampoco se ha alegado ni probado que la suma estos conceptos sean inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media.

En lo concerniente a la devolución indexada de las cuotas de administración, así como todo lo descontado por pólizas provisionales, sí es procedente, pues el porcentaje descontado de la cotización como cuota de administración incluido el porcentaje de seguros previsionales, el porcentaje de garantía de pensión mínima y el porcentaje de reaseguro del Fogafín, no han devengado los intereses del resto del porcentaje de la cotización que sí va al cuenta de ahorro individual del afiliado, por lo que es justo equitativo que sean devueltas indexados.

Respectó de la forma de devolución del porcentaje de cuota de administración incluido el de seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima, la SCL de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1689-2019 indicó lo siguiente:

“Está probado que la AFP accionada trasladó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que el demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 127), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, de los cuales, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

En tal sentido, se condenará a la AFP accionada a la devolución de estos dineros, debidamente indexados.”

En razón a lo anterior, se ordenará que los porcentajes de cuota de administración incluido el porcentaje de seguros previsionales, de reaseguro Fogafín, y el porcentaje de garantía de pensión mínima, sean reintegrados a COLPENSIONES debidamente indexados.

En lo que tiene que ver con la orden del *a quo*, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor del actor, tal decisión resulta desacertada, toda vez que al ser ineficaz la afiliación del demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional, al menos el tipo A, y por tal razón, si el referido bono fue pagado se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

Respecto de la afirmación expuesta por la apoderada de COLPENSIONES en sus alegatos sobre la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende la actora, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

De otra parte, se afirma en los alegatos de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS y la reactivación la afiliación al RPM, atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano establecida en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, por la inexistencia de equivalencia entre los valores recibidos y los valores requeridos para el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante.

Respecto del anterior argumento, se ha de manifestar, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que el actor estuvo afiliado al RPM era beneficiario de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la

legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las norma legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues a este principio el que se tiene que someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

De otra parte, el hecho que el actor regrese al RPM, de COLPENSIONES, no necesariamente le va a causar una carga financiera a esta entidad o mejor a los recursos del fondo común de los afiliados, por un mayor monto de la pensión en el RPM, pues en primer 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 acontecer que el afiliado no alcance a obtener la pensión de vejez, sino la indemnización sustitutiva, la que es evidentemente inferior al monto de las cotizaciones con sus rendimientos. Igualmente puede ocurrir que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener 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.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

Finalmente, en lo relativo a lo expresado por PROTECCIÓN S.A. en sus alegatos de esta instancia que se opone a la orden emitida por el *a quo* que:

“Se precisa que los recursos provenientes del RAIS no podrán ser inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, PROTECCIÓN S.A., se encuentra obligadas asumir el pago de la diferencia.”, en primer lugar, esta decisión no fue objeto de apelación por PROTECCIÓN S.A. por lo que no puede ser objeto de estudio en esta instancia, y en segundo lugar tal orden posiblemente resulta inocua, toda vez que por efecto de los intereses que generaron las cotizaciones, no se llega a dar la condición que los recursos provenientes del RAIS sean inferiores al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido en el régimen de prima media.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. por haber sido vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000. a cargo de PROTECCIÓN S.A.

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 29 de noviembre de 2021 proferida por el JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **BEATRIZ ELENA RAMÍREZ MUÑOZ**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, PRECISÁNDOLA y ADICIONÁNDOLA en el sentido que la AFP PROTECCIÓN S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus

rendimientos o intereses; así como indexados, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia, en el sentido 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: COSTAS en esta instancia a favor de la actora y a cargo de PROTECCIÓN S.A. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000.

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: **7f684e00cb57a2c9d4c3c13a93887192f2283a3ad2503344ea286e608d281c36**

Documento generado en 01/12/2022 02:33:43 PM

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