

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El quince (15) 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 **LUZ MARINA LÓPEZ BAENA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** (en adelante COLFONDOS S. A), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-020-2019-00545-01.

AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad RST ASOCIADOS PROJECT S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de Colpensiones en este proceso, se procede a reconocer personería al abogado ALEJANDRO VASCO RUIZ portador de la T.P. 340.016 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLPENSIONES en este proceso como apoderado sustituto

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 e 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 nació el 08 de noviembre de 1954, y que se afilió al RPM desde el 01 abril de 1975 administrado en ese momento por el extinto Instituto de Seguros Sociales.

Informa que se afilio al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS S.A el 07 de mayo de 1997, cuyo ya contaba con más de 700 semanas cotizadas al ISS.

Expone que presenta una densidad de 1812 semanas laboradas para el régimen de seguridad social en pensiones durante toda su vida laboral.

Aduce que su traslado al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A obedeció única y exclusivamente a un error inducido y a la pepsina asesoría por parte de dicho fondo.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El a quo despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la INEFICACIA del traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS administrado por COLFONDOS S.A, el 07 de mayo 1997, y en consecuencia declaró que estuvo válidamente afiliada y sin solución de continuidad en el RPM que administra actualmente COLPENSIONES.

Seguidamente condenó a COLFONDOS S.A. a que en un término no mayor a 30 días, luego de la ejecutoria de la decisión, proceda a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores, recursos, o sumas que hubieren recibido con motivo de la afiliación y traslado de la demandante Luz Marina López Baena, como cotizaciones obligatorias, gastos y comisión de administración descontadas, devolución de porcentaje deducido para pagar la prima de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, bonos pensionales, descuento por aporte al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el art. 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin que haya lugar a deducir alguna comisión, o a realizar descuentos de las cotizaciones por ningún rubro, sumas que deberán ser indexadas con cargo a sus propios recursos, para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios.

Consecuencialmente ordenó a COLPENSIONES, recibir la totalidad de los aportes indicados en la sentencia, y que provienen de la AFP. COLFONDOS S.A., con los rendimientos financieros; y de esta manera reactivar la afiliación de la demandante al RPM, convalidando dichos aportes en semanas que se vean reflejadas en la historia

laboral de la parte actora, y a continuar administrando los mismos, como consecuencia de la permanencia de la demandante en el RPM.

Finalmente condenó en costas a COLFONDOS S.A. en favor de la demandante fijando como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV

Para fulminar condena, la *a quo* argumentó 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 la AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información al afiliado al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de la AFP demandada que hayan 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 COLFONDOS S.A.

Arguye que las sumas deben de ser devuelta indexadas para compensar la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada por la apoderada judicial de COLFONDOS S.A. frente a la orden dada de devolver el porcentaje que destinó a cumplir la contratación y pagó de las pólizas previsionales, porque son conceptos de tracto sucesivo que se causan con la periodicidad que impone la Ley, y por ende aquellos que no fueron reclamados dentro de los tres años siguientes a su causación se encuentran prescritos, porque los pagos que se destinaron a cubrir dichos rubros no son factor de financiación de la pensión de vejez ni siquiera en el RPM y la actora ha estado amparada por los riesgos de invalidez y muerte en la vigencia de su afiliación a COLFONDOS S.A, por ende la contratación y pagó de las pólizas previsionales cumplieron y seguirán cumpliendo su específica destinación.

Aduce que los descuentos no fueron realizados de manera arbitraria por parte de COLFONDOS S.A. sino que son descuentos que la Ley dispone, y esas sumas de dinero no están en poder de COLFONDOS S.A., además en la fijación del litigio jamás

se estableció la devolución de dineros que estuvieran en poder de terceros, que ni siquiera fueron vinculados al proceso violándoseles su derecho de defensa y contradicción al paso que dichas garantías también fueron desconocidas para COLFONDOS S.A., por lo tanto solicita se absuelva a COLFONDOS S.A. de trasladar dichos conceptos al RPM.

Frente a la condena de indexación solicita que la misma sea revocada en razón a que no resulta dable que se ordené indexar los aportes, las cotizaciones obligatorias ni ningún otro rubro de los ordenados en el fallo como cuotas de administración, seguros previsionales, bonos pensionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Señala que no es procedente la indexación de lo que se debe devolver como los aportes obligatorios, porque el legislador ha previsto efectivamente el mecanismo de actualización mediante el cual los aportes depositados en las cuentas de los afiliados al RAIS mantienen su poder adquisitivo constante, esto es los rendimientos financieros y por ende al mantenerse actualizados dichos conceptos con los rendimientos financieros no es posible ordenar la aplicación de otro método de actualización, porque de esa forma se estaría ordenando a que se pague incremento sobre incremento.

En cuanto al bono pensional manifiesta que dicho concepto es inexistente porque no está acreditado en la cuenta pensional y es por ello que no es posible que se ordene la indexación de conceptos inexistentes en la cuenta pensional de la demandante.

Arguye que respecto de los gastos de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, con los rendimientos que ha generado COLFONDOS S.A, que son superiores a los que hubiere logrado COLPENSIONES si la actora nunca se hubiere trasladado de régimen estos quedaron más que compensados y por ello ha debido de declararse como probada la excepción de compensación y dichos rubros no fueron objeto de petición ni en la demanda ni en la fijación del litigio por lo que dicha condena desconoce el principio de la consonancia y congruencia de la sentencia con las pretensiones de la demanda y viola los principios del debido proceso y del derecho de defensa.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de la demandante y de Colpensiones allegaron escrito de alegatos de conclusión, en el cual señaló resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

Inequívoca e in-dubitativamente, el asesor comercial del fondo privado, nunca le suministró a la señora **LUZ MARINA LÓPEZ BAENA**, información adecuada, suficiente y clara sobre las implicaciones del traslado de Régimen.

La falta de información a los usuarios del sistema constituye una falencia de las entidades administradoras de fondos de pensiones, y que hoy muchas personas sufren las consecuencias de no haber tenido una asesoría pensional o pre-pensional adecuada, y un seguimiento a sus expectativas pensionales.

El fondo privado, **no apporto ningún elemento de prueba** con el propósito de acreditar el cumplimiento a su deber de informar debidamente al afiliado la señora **LUZ MARINA LÓPEZ BAENA**, sobre las consecuencias del traslado de Régimen Pensional.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

De acuerdo como lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral se establecen reglas tales como que 1) las manifestaciones del afiliado en lo atinente a no haber recibido información constituyen negaciones indefinidas, 2) lo que conlleva a que se desplace la carga probatoria hacia los fondos privados a quienes se les exige la satisfacción de su deber legal en los términos del artículo 1604 de CC, 3) fija unas etapas dependiendo de la época, en la cual se establece el contenido mínimo y alcance del deber de información, y por último, 4) reduce el valor del formulario de afiliación, aseverando que no es prueba suficiente y que a lo sumo lo que se demuestra es un consentimiento, pero no informado.

Como lo expuso el magistrado Rigoberto Echeverri Bueno en aclaración de voto en la sentencia SL 1452-2019 “Contrario a ello, estimo prudente que se analicen las condiciones particulares de cada caso y que no se establezcan o reivindiquen reglas generales y automáticas, que minan la estabilidad del sistema pensional y desconocen principios fundamentales como la autonomía de la voluntad del afiliado y la libre escogencia de régimen.” A lo que le adiciono que además desequilibran las cargas procesales con sacrificio del derecho fundamental a la prueba¹, se invade la autonomía judicial y convierte los juicios de ineficacia de traslado de régimen pensional, en traslados automáticos ante la administración de justicia.

Por tanto, la aplicación en forma irrestricta de las reglas generales que ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para los casos en los que se depreca ineficacia de traslado de régimen pensional, genera un desequilibrio procesal, que tiene como resultado un grave impacto en el ejercicio del de derecho de defensa, pues deja sin opciones probatorias a la parte pasiva, lo que se traduce en transgresión al debido proceso.

En este contexto, comedidamente se llama la atención del juzgador, para que en aras de garantizar el balance probatorio y con ello el debido proceso, acuda estrictamente a las reglas de la carga de la prueba para definir el caso concreto.

Sobre periodos mínimos de carencia y sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

En sentencia C - 1024 de 2004, la Corte Constitucional, limita el traslado de régimen pensional, cuando al afiliado le falten diez años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

De acuerdo con los motivos de la Corte Constitucional en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de la medida limitante adoptada por el legislador de 2003, se concluye que la disposición analizada se ajusta al texto superior, esto es, que el periodo de carencia o permanencia mínima en un determinado régimen, con antelación al cumplimiento de la edad mínima pensional, es constitucional.

Se aprecia en el presente caso que el traslado por vía judicial se pretende habiendo cercanía a la edad mínima pensional, deduciéndose de acuerdo con las reglas de la sana crítica, específicamente las de la experiencia, que la finalidad de la parte actora es la búsqueda del reconocimiento de una prestación por vejez en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, encontrándose que por largo tiempo no ha habido aportes al régimen pensional público, esto es, no se han realizado las cotizaciones que permitan la consolidación y proyección de un cálculo actuarial dentro del periodo mínimo de carencia establecido por el legislador, para efectos del reconocimiento pensional, lo que a la postre transgrede parte del objetivo de la norma analizada por la alta corte (Ley 797 de 2003, artículo 2.), puesto que se pone en riesgo la capitalización del sistema y la intangibilidad de los recursos públicos, debido a que es inminente el deber de reconocimiento pensional al afiliado, ante el regreso de este al régimen público, toda vez que la administradora pensional, además, deberá reconocer un subsidio que no se encontraba dentro de sus proyecciones, situación que produce un desequilibrio en el sistema pensional, con perjuicios para Colpensiones, siendo esta una causa para negar el traslado de régimen pensional. Por otra parte, ya

en lo atinente al acto jurídico de traslado de régimen pensional, se debe destacar que sobre este debe imperar el efecto relativo de los contratos (Art. 1602 C.C.), por lo cual, los efectos del negocio jurídico, deben favorecer o perjudicar a las partes que en él intervienen y en el caso particular, la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, no ha tenido injerencia alguna en la decisión adoptada por la parte demandante para efectos de su paso hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como para su permanencia, permitiendo, como era su deber, la movilidad en el Sistema General de Pensiones, lo que impide que lo pactado entre la demandante y la Administradora de Fondos de Pensiones, repercuta en contra de Colpensiones.

Salvamento de voto en la sentencia SL 3537-2021 Radicación n.º 88432

Al momento de proferir la decisión, respetuosamente se solicita tener en consideración los argumentos expuestos por el magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, en salvamento de voto.

Por último, en el evento en que la judicatura opte por acceder a las pretensiones de la demanda, comedidamente solicito que se ordene a las Administradoras del régimen de ahorro individual, para que, a favor de Colpensiones, realice la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante, sin descuento alguno, durante la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando los conceptos a reintegrarse y un término perentorio para para el reintegro de los recursos.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

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

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 COLFONDOS S.A., se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES 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 las afiliadas o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)

2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que la actora, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral emitida por COLPENSIONES visible a folios 15 y 16 del documento 01 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS COLFONDOS S. A el 07 de mayo de 1997, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 21 del plenario.

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 de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1997 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:09:07 del video de la audiencia de, conciliación y trámite (Documento 08 del expediente digital), manifestó que el director de personal de la alcaldía de Itagüí la citó a una reunión donde le indicó que iba a ser trasladada a COLFONDOS S.A. y que por ello firmó el formulario de afiliación, manifestación que no implica confesión que los asesores de la AFP COLFONDOS S.A. le hubiesen brindado a la actora la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no 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 señaló la *a quo*, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre 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, siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1997 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por el ISS hoy COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que la orden impartida por la *a quo*, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, la misma debe ser CONFIRMADA, es decir, que la AFP deberá devolver a Colpensiones el 100% del valor de las cotizaciones, con sus rendimientos financieros y sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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 cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Asimismo, contrario a lo manifestado por la apoderada de COLFONDOS S.A. 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, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir con 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 indexación de las sumas a reintegrar por COLFONDOS S.A., ella es procedente respecto de las sumas de gastos de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, conforme lo ha establecido la CSJ en las sentencias SL1688 de 2019 SL 2932 de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021.

No obstante lo anterior, le asiste razón a PROTECCIÓN S.A. en su apelación, respecto que tal indexación no es procedente, sobre los las cotizaciones y sus intereses o rendimientos abonados en la cuenta de ahorro pensional de la demandante, 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, PROTECCIÓN, por lo que la sentencia de primera instancia será modificada en el sentido que la indexación solo opera respecto de los gastos de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima.

Ahora, no le asiste razón a COLFONDOS S.A. en cuanto a que no se le puede imponer condena a restituirlos los gastos de administración, porque en la fijación del litigio jamás se estableció la devolución de dineros que estuvieran en poder de terceros que ni siquiera fueron vinculados al proceso, violándose así su derecho de defensa y contradicción, toda vez que el estudio de las restituciones que se derivan de la declaración de ineficacia comprende todo lo relacionado con la cotización y sus intereses; y además en este caso no se le está ordenando a ningún tercero que no haya sido vinculado al proceso a restitución alguna, por lo que no existe violación a los derecho de defensa y contradicción.

De otra parte, se afirma en los alegatos de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado de la 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 de la demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que la actora estuvo afiliada al RPM era

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

Ahora, el hecho que la actora 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 lugar no se encuentra probado en el proceso, que la pensión en el RPM vaya a ser superior a la del RAIS, y en segundo lugar el monto de la pensión de vejez, tanto en el RAIS como en el RPM depende de muchas situaciones de hecho ciertas, y de voluntad del afiliado, que no están plenamente probadas en ese proceso, y otras que incluso pertenecen al mundo del azar, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en que el monto de la pensión en el RAIS sea reducido, o si por ejemplo en el RPM por azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando como independiente con el IBC en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

Pero, es más, eventualmente pudiera suceder que un afiliado al RPM, fallezca sin que tengan beneficiarios que legalmente puedan acceder a las prestaciones de sobrevivientes, caso en el cual los dineros de sus cotizaciones, quedan 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 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.

Respecto de la afirmación en los alegatos de COLPENSIONES, sobre la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario

que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende la actora, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

En lo que tiene que ver con la orden de la a quo, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor de la actora, tal decisión resulta desacertada, toda vez que al ser ineficaz la afiliación de la 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.

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

Respecto de la prescripción de las cuotas de administración ella no opera, toda vez que la obligación de restituirlas se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de las sentencias que la declaran, por lo que no sería procedente la prescripción de las cuotas de administración.

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

Sin COSTAS en esta instancia por haber prosperado parcialmente la apelación de COLFONDOS 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 14 de diciembre de 2021 proferida por el JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **LUZ MARINA LÓPEZ BAENA** contra la **COLPENSIONES**, y **COLFONDOS S.A.**, pero MODIFICÁNDOLA en el sentido que respecto de **las sumas a reintegrar por COLFONDOS S.A.**, a COLPENSIONES, solo se indexa los gastos de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima.

Igualmente se MODIFICA la sentencia de primera instancia en el sentido que en el evento que se hubiese pagado bono pensional tipo A, a favor del demandante, la devolución del importe del mismo, debe efectuarse al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **7dbbf415fb401f4eddd7905c75b0005b142f492d2a654b70d1a17393e27e96a1**

Documento generado en 15/12/2022 11:52:50 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>