

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **NORBERTO DE JESÚS MEJÍA VILLEGAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), y a la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES** tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-005-2021-00309-01.

AUTO

De conformidad con la escritura pública del 09 de junio de 2022, allegada vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por PROTECCIÓN S.A., se procede a reconocer personería para actuar como apoderada de PROTECCIÓN S.A., a la abogada LAURA LÓPEZ ÁLVAREZ, portadora de la T.P. 365.499 del C.S de la judicatura.

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

1. ANTECEDENTES:

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

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata el actor que inició sus cotizaciones en el sistema general de pensiones en el RPM, y posteriormente se trasladó al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A.

Expone que al momento de su traslado al RAIS, no le brindaron asesoría técnica adecuada para tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS, ni le explicaron las características de cada uno de los regímenes, ni los requisitos que exigía el RPM para acceder a la pensión de vejez, ni que en el RPM la pensión dependía de la edad y las semanas cotizadas, tampoco le informaron los requisitos o formas de acceder a una pensión en el RAIS, ni que requería de un capital mínimo ahorrado para aspirar a una pensión, ni que los cálculos estimados estaban sometidos al vaivén del mercado, ni que el valor de la pensión depende de la modalidad que se escoja, es más ni siquiera le explicaron las diferentes modalidades de la pensión, ni cómo funcionaba financieramente el fondo privado, mucho menos que para pensionarse antes de los 60 años tenía que castigar el bono pensional por su retención anticipada, no le informaron sobre la posibilidad de devolverse al RPM, ni las consecuencias negativas del traslado, no le hicieron el cálculo de la pensión que podría devengar en el futuro, ni se le informó del derecho a retractarse.

Indica que solo le informaron que en el fondo privado podría pensionarse a la edad que quisiera y con el monto que quisiera, además que el ISS se iba a quebrar y que por ende sus ahorros pensionales se podrían perder, por lo que PROTECCIÓN S.A. no cumplió con su deber de información profesional.

Manifiesta que el 14 de septiembre de 2016, presentó derecho de petición a PROTECCIÓN S.A. solicitando una proyección de la pensión y otras solicitudes, y realizó la respectiva reclamación administrativa.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de primera instancia, despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y su reactivación de la afiliación al RPM sin solución de continuidad, y condenó en consecuencia a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, el 100% de los aportes efectuados por el demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluido los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismo se hubieren causado, asumiendo con cargo a su patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para

el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional, estas últimas debidamente indexadas.

Así mismo condenó a COLPENSIONES a recibir los aportes que la AFP PROTECCIÓN S.A. le devuelva, y a tener en cuenta el tiempo cotizado por el demandante, en RAIS, como semanas cotizadas, en su historia laboral.

Para fulminar condena, el *a quo* argumentó que para la fecha del traslado del demandante al RAIS ya existía para las AFP el deber de cumplir con un deber de información necesaria, consagrado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1994.

Indicó también 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 inconvenientes de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de PROTECCIÓN S.A. que, al momento de la afiliación del demandante, haya cumplido con el deber legal de otorgar explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Indicó con relación a la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima que, conforme a la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, dichas sumas deben ser devueltas a Colpensiones por parte de la AFP demandada, quienes deben asumir con cargo a sus propios recursos dicha devolución, a título de deterioro del bien administrado.

Declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación formulada por LA NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, así mismo declaró la improperidad de todos y cada uno de los medios exceptivos propuestos por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

Absolvió a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las pretensiones dirigidas en su contra.

Finalmente condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A. incluyendo agencias en derecho a favor del demandante, y condenó en costas al demandante y favor de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, absolviendo a Colpensiones de dicha condena.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por la apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., solicitando sea revocada, argumentando, que cada caso se debe estudiarse de manera individual, por lo que incita al juez en lo referente a los méritos expuestos en la sentencia donde indica que el ciudadano debe estar suficientemente informado, pues es claro que el demandante fue informado de manera completa, oportuna y suficiente el día 14 de noviembre de 1997 y de la misma manera fue asesorado y acompañado durante su vida laboral como se evidencia con las pruebas allegadas al expediente y adicional se corrobora en el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante.

Expone que conforme a las semanas que tiene el señor NORBERTO VILLEGAS cotizadas en su capital, es acreedor a que PROTECCIÓN S.A. al momento de cumplir los 62 años de edad le reconozca la pensión de vejez, ya que cuenta con las semanas y posteriormente contará con la edad, además que con los aportes que ha realizado el demandante durante toda su vida laboral va ser acreedor de una garantía de pensión mínima, toda vez que todos los aportes que ha realizado durante su vida laboral no han sido mayores a 2 SMLMV, además el demandante en ningún momento del interrogatorio de parte informa o le indica al juzgado cuál es la mayor motivación de su traslado a COLPENSIONES.

Manifiesta que PROTECCIÓN S.A. antes de que el demandante cumpliera los 52 años de edad, le informó el poquito más que podría tener en su mesada pensional, pero que lo anterior no quiere decir que una favorabilidad económica mínima sea una omisión por parte de PROTECCIÓN S.A. en la información, o que no se tenga en cuenta el formato de asesoría que se allegó en la contestación de la demandan, otra cosa sería que el señor NORBERTO VILLEGAS aplazó la decisión y no la tomó oportunamente, por lo que PROTECCIÓN S.A. tiene derecho a que en el momento en que el demandante cumpla los 62 años de edad le reconozca la pensión de vejez debido a todos los aportes que el demandante ha cotizado durante todos estos años.

Indica que por lo anterior PROTECCIÓN S.A. no tiene por qué trasladar ningún dinero, ni asumir con su propio patrimonio ningún dinero de la cuenta del señor NORBERTO

DE JESUS MEJIA VILLEGAS, toda vez que este puede pensionarse con PROTECCIÓN S.A., además como lo enunció el demandante PROTECCIÓN S.A. le entregó toda la información y los beneficios que podría obtener con el RAIS, por lo que no puede evidenciarse que se haya generado un error en el consentimiento y que PROTECCIÓN S.A. haya faltado en algún beneficio posterior del demandante, pues los aportes van a ser acordes con la mesada pensional.

Expone que no es evidente que PROTECCIÓN S.A. tenga que pagar alguna costa del proceso dado que allegó todas las pruebas y soportes donde se puede evidenciar que el demandante siempre ha recibido una asesoría y acompañamiento debidamente informado. Además, se debe tener en cuenta que el señor NORBERTO MEJÍA nunca fue visitado por COLPENSIONES, ni el tampoco recurrió a COLPENSIONES, ya que durante todo el tiempo que estuvo afiliado a PROTECCIÓN S.A. estuvo conforme pues nunca presento reclamo o queja.

Por lo anterior le solicita al Tribunal Superior de Medellín revocar en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia por el juzgado.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados de las partes allegaron escrito de alegaciones, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto de los siguientes temas: i) deber de información por parte de las administradoras de fondos pensionales (CSJ SL, 08 sep. 2008, rad. 31986 y CSJ SL1897 de 2019); ii) consentimiento vertido en el formulario de afiliación (CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688-2019), y iii) inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado (CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989; CSJ SL19447-2017; CSJ SL49642018; CSJ SL1452-2019 y CSJ SL1688-2019), los mismos no son probados por las demandadas, pues desde la primera afiliación de traslado de mi poderdante, no se revela que se haya dado una adecuada, oportuna, veraz y completa información, a esta, en los términos en que lo ha exigido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral, ni se ve una explicación del alcance de los dos regímenes, no hay más que el relato de unas explicaciones someras y ligeras, cuyo

eje principal gravitó en torno al desorden y al caos que reinaba en el ISS, que según lo narrado por la absolvente, le transmitieron los asesores de la AFP privada.

Desde el inicio y en el transcurso de las múltiples afiliaciones hasta la última que fue en el año 2010, a mi poderdante no se le informo debidamente ilustrándole las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Las AFP ignoraron el citado número 1. ° del art. 97 del Decreto 663 de 1993, en su versión original, vigente para la época en que se efectuó el traslado al RAIS.

Es de recordar como lo ha asentado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la concreción de una adecuada asesoría, pasa por asegurarse que el afiliado, en cada ocasión, de una manera inteligible, comprenda no sólo el funcionamiento general de cada uno de los regímenes, las semejanzas y diferencias que puedan tener, la regulación propia de cada uno de ellos, sino la forma en que se estructura o construye la prestación, más aún, cuando en el RAIS ello depende de múltiples factores macro y microeconómicos y de la modalidad que finalmente llegue a seleccionar el interesado, entre aquellas que permite la ley, con lo cual el nivel de detalle en ese caso es de mayor exigencia.

Lo importante es el ejercicio que con esos datos se debe hacer, para lograr que en la mayor medida probable, que el potencial afiliado comprenda cómo se estructura la prestación y las posibilidades y opciones que ello le ofrece a futuro, entendiendo el nivel de aleatoriedad que ello puede llegar a tener en el RAIS, a partir de decisiones como el monto de aportes voluntarios, la frecuencia de éstos y la modalidad de prestación que se llegare a seleccionar para el retiro de la vida laboral. Otro tanto, guardadas proporciones, puede predicarse del RPM.

Así como la Corte ha determinado que el hecho de tener sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el Régimen de Prima Media, no tiene como consecuencia que de ello se derive una suerte de purga en el deber de información o de convalidación en su incumplimiento, tampoco el hecho de que el impugnante se haya vinculado, de manera discontinua al RAIS, aún con la misma administradora, significa per sé que se tenga suficiente ilustración, conocimiento o comprensión de cada uno de los regímenes o que, se itera, tal situación releve del cumplimiento de sus deberes a la AFP, como lo exigen las normas aplicables en el momento en que acaezca tal evento.

En conclusión, frente al caso en concreto, es de manifestar que, quedo probado que, en cada momento previo a su vinculación, mi poderdante NO recibió la información debida en la calidad, cantidad y oportunidad que se requería.

ALEGATOS DE PROTECCIÓN S.A.

Teniendo en cuenta las recientes sentencias en segunda instancia que ha emitido el Tribunal Superior de Distrito adicionando a las declaraciones de ineficacia, la devolución o pago de reaseguros o FOGAFÍN, y previendo que ocurra lo mismo en el proceso de la referencia, mi representada expone las razones por las cuales no es procedente:

En primer lugar, la figura de reaseguro es un contrato de seguro mediante el cual una compañía aseguradora (cedente) pasa a ser asegurado de otra entidad aseguradora (reaseguradora), contrato que **no se configuro durante la vigencia de la afiliación de la parte demandante a mi representada**, por lo que no hay efecto alguno que retrotraer para el caso concreto. Adicionalmente, no existen en los cobros realizados por Protección, como gastos de administración a título de reaseguros durante la vigencia de la afiliación de la parte demandante, ya que como se expuso, es una figura distinta a la establecida en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que fija que tanto en el Régimen de Prima Media como en el de Ahorro Individual el 3% del IBC de los afiliados al Sistema General de Pensiones se destina a pagar la comisión de administración y el seguro previsional para financiar las pensiones de sobrevivencia y/o invalidez.

En segundo lugar, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – **FOGAFÍN** es una autoridad financiera adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargada de proteger los ahorros de los ciudadanos depositados en bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento, sociedades especializadas en **depósitos electrónicos (SED PES)** que, **por obligación, están inscritos en FOGAFÍN**. Dicho Fondo fue creado en 1985 para enfrentar la crisis financiera que por esa época afectaba al país, en ese momento intervino en el proceso de capitalización del sistema financiero. Años más tarde, **FOGAFÍN** estuvo en el centro de la solución de la crisis financiera de finales de los noventa. Para ese entonces ejecutó el programa de salvamento del Gobierno Nacional focalizado en atender las dificultades que afrontaban los establecimientos de crédito y los ahorradores del sistema.

Ahora bien, es fundamental recordar que el **FOGAFÍN** dentro del Sistema General de Pensiones surge a partir del art. 99 de la Ley 100 de 1993 que estipula lo siguiente:

“ARTÍCULO 99. GARANTÍAS. Las administradoras y aseguradoras, incluidas las de planes alternativos de pensiones, deberán constituir y mantener adecuadas garantías, para responder por el correcto manejo de las inversiones representativas de los recursos administrados en desarrollo de los planes de capitalización y de pensiones.

Las administradoras deberán contar con la garantía del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, con cargo a sus propios recursos, para asegurar el reembolso del saldo de las cuentas individuales de ahorro pensional, en caso de disolución o liquidación de la respectiva administradora, sin sobrepasar respecto de cada afiliado el ciento por ciento (100%) de lo correspondiente a cotizaciones obligatorias, incluidos sus respectivos intereses y rendimientos, y de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales correspondientes a cotizaciones voluntarias. Las garantías en ningún caso podrán ser inferiores a las establecidas por la Superintendencia Bancaria para las instituciones del régimen Financiero”.

En concordancia con lo anterior, el seguro de Depósitos que es manejado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, FOGAFIN, se encuentra regulado en la actualidad por la Resolución 05 de 2009, norma que derogó la regulación anterior contenida en la Resolución 01 de 2009. La Resolución 1 de 2009 derogó, a su turno, las Resoluciones 1 de 1988, 2 de 1989, 2 de 1991, la 2 de 1992, 2 de 1993, 2 de 1996, 1 de 1997, 1 de 1998, 2 de 2000, 5 de 2000, 3 de 2001, 2 de 2005, 1 de 2006, y los numerales I y II y el Anexo I de la Circular Externa número 007 de 2002.

No obstante la derogatoria de la citada Resolución 01 de 2009, el parágrafo del artículo 20 de la Resolución 05 de 2009 dispone que dicha Resolución 01 continuará rigiendo para efectos de la devolución de primas y cobro de prima adicional de los establecimientos bancarios, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento y las sociedades de capitalización, correspondientes al año 2009, así como, para el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos relacionados con ellas. **Nótese que, en ningún contenido de dicha resolución, se mencionan las entidades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, obedeciendo esto a lo que más adelante estipularía el artículo 163 de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, la cual dispuso la eliminación de la garantía de FOGAFÍN a las Administradoras de Cesantías y a las de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la obligación a las Aseguradoras de inscribirse en el FOGAFÍN, ordenando además el traslado de las reservas**

existentes al Tesoro Nacional dada la condición de garante que tiene la Nación en ambos sistemas, así:

“ARTÍCULO 163. Garantía de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Elimínese la garantía de FOGAFÍN a las Administradoras de Cesantías y a las de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la obligación a las Aseguradoras de inscribirse en el Fogafín. Las reservas existentes se trasladarán al Tesoro Nacional dada la condición de garante que tiene la Nación en ambos sistemas”.

En los anteriores términos, una eventual sentencia por este rubro estaría ordenando a PROTECCIÓN el traslado a Colpensiones de un **concepto completamente derogado por la normatividad que lo regula, y que además por disposición normativa fue girado al tesoro nacional, y asumido por la propia Administradora desde su estipulación en el artículo 99 de la Ley 100 de 1993, y que NUNCA SE DESCONTÓ DE LA COTIZACIÓN A PENSIÓN DE LOS AFILIADOS**, estando así completamente infundado dicho concepto.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Sea lo primero solicitarles analizar nuevamente lo referente a 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 y estableció claramente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez., motivo por el cual ahora se pretende la declaración de ineficacia por la parte demandante al ver que no le queda otra alternativa conforme a los supuestos normativos ya referenciados y por tal decidió optar por demanda bajo la figura jurídica que hoy nos ocupa la cual fue creada con el ánimo de proteger a la personas realmente afectadas y convirtiéndose a hoy en el camino de salida para todos aquellos que tomaron una decisión en su momento y que al considerarla no acertada patrimonialmente pretenden sanearlo, debiéndose aclarar con el mayor respeto que es claro que el único interés recae sobre el beneficio económico que se puede obtener el Régimen de Prima Media al momento de pensionarse, lo que claramente no es un fundamento legal para que se concedan la pretensiones invocadas tal y como lo hizo el juzgador en primera instancia.

Ahora bien, la ineficacia invocada recae sobre un presunto error al que la parte actora fue inducida en razón a su desconocimiento, para lo cual se solicita al despacho tener

de presente que el error, fuerza y dolo, es decir, los vicios del consentimiento deben ser probados, no simplemente referenciarse que los mismos se presentaron. En el caso en concreto el engaño invocado no se encuentra válidamente acreditado, ni con el soporte probatorio documental ni con los testimonios brindados, por lo que la ineficacia de traslado invocada carece de viabilidad, la mera afirmación de la parte actora de lo que aconteció hace tantos años al momento de su traslado al Régimen de ahorro individual no puede ser tomado como cierto absolutamente ya que como se dijo han pasado muchos años y se desconoce qué fue lo que realmente aconteció, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ese traslado y más aún que no se cuenta con la presencia del respectivo asesor del fondo privado, tomar una decisión en dicha magnitud resulta incluso arbitrario y contravía principios legales y constitucionales como la seguridad jurídica y el debido proceso, está establecido como regla general en derecho que la buena fe se presume y la mala fe se prueba y en el caso en concreto no quedó probada mala fe por ninguna de las partes, pero la buena fe solo se le reconoce a la parte actora existiendo claramente un vacío en la decisión adoptada por el Juzgado en primera instancia.

El artículo 1502 del código civil claramente establece lo que es el consentimiento, el cual según el desarrollo del proceso no se ha logrado probar que allí sido violentado y por tal viciado de ineficacia alguna.

La parte actora es una persona plenamente capaz según el artículo 1503 del código civil, ya que en el plenario no se acreditó lo contrario, que la misma bajo sus facultades de forma libre y espontánea suscribió una afiliación considerando que sería más favorable pensionarse con el fondo privado y posteriormente al enterarse de que había perdido beneficios procede a reclamar unos derechos como se indicó anteriormente bajo una modalidad judicial creada por nuestro legislador para las personas verdaderamente perjudicadas.

Es importante resaltar en este punto que el desconocimiento de la ley en Colombia no excluye de responsabilidad y no se logró probar que hubiese un engaño o coerción por parte de los asesores del fondo privado y por el contrario existe un gran vacío al respecto. Así pues, el error alegado y aceptado por el Juez quinto Laboral claramente se desvirtúa, no existe prueba que permita tener como cierto lo afirmado en la demanda.

Ahora bien, si esta honorable corporación considera procedente la teoría de la ineficacia concedida por el aquo, se solicita se ordene al fondo privado la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón a la afiliación que se está declarando ineficaz, lo anterior a raíz de que si el

afiliado no va a hacer uso del fondo es claro que no tiene que quedarse el mismo con ningún monto máxime teniendo presente que el traslado efectuado se declaró ineficaz por lo que los efectos surtidos quedan sin valor alguno; Igualmente, es importante que ustedes señores magistrados tengan presente al momento de fallar que la entidad que represento es de orden público y va entrar en un detrimento patrimonial si debe reconocer una pensión de vejez sin recibir todos los rubros válidamente cotizados por el afiliado en el tiempo que duro su vínculo con el Régimen de Ahorro individual.

Para lo anterior se solicita tener presente sentencias muy recientes de la Honorable Corte Suprema de Justicia que regulan al respecto, tales como las SL 1421, SL 1452 y SL 1688 todas del año 2019, donde se indica que no es procedente imponer cargas económicas adicionales a COLPENSIONES y más cuando su actuar siempre se ha regido por el principio legal y constitucional de la buena fe y entre sus funciones no se encuentra retener a sus afiliados, por lo que todo lo acontecido en razón al traslado de régimen de la parte actora no puede ser atribuido bajo ninguna perspectiva a esta entidad, ni se le puede imponer cargas insostenibles, motivo por el cual se reitera la solicitud de devolución de todos los rubros.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por el 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., 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 del demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

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

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

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

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

En el presente asunto, está probado, que el accionante, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folios 1 a 4 del expediente (Documento 27 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 14 de noviembre de 1997, como se advierte del formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 94 del expediente (documento 31 del expediente digital), con efectividad a partir del 1 de enero de 1998, conforme se extrae del certificado SIAFP que milita a folio 92 (Documento 31 del expediente digital).

De otra parte, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1º de abril de 1994 con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1998 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, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:35:28 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 37 del expediente digital), no confiesa 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, pues no manifiesta que se le haya ilustrado 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, 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 PROTECCIÓN S.A., 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 el demandante en el año 1998 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PROTECCIÓN S.A., así como los posteriores traslados realizados entre administradoras del mismo régimen.

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, y por tal razón debe ser CONFIRMADA y en consecuencia deben devolverse a Colpensiones el 100% del valor de las cotizaciones, con sus rendimientos financieros 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 del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor 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 deban asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

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

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

Ahora, respecto de los argumentos en los alegatos de PROTECCIÓN S.A., que una eventual sentencia que ordene la devolución del rubro de reaseguro FOGAFIN tal concepto se encuentra derogado respecto de los fondos de pensiones, es necesario manifestar que tal asunto no fue objeto de la apelación, y en todo caso, lo ordenado por el *a quo*, fue el 100% de la cotización, por lo que si en algún momento no se efectuó descuento para reaseguro Fogafin, en todo caso se deberá efectuar la devolución de 100% de la cotización, por los rubros respecto de los que sí se efectuó el descuento, es decir, sin que se supere este porcentaje por la orden de devolución del reaseguro Fogafin.

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, con respecto a la oposición de PROTECCIÓN S.A. a la condena en costas que se le impuso, el argumento que allegó todas las pruebas y soportes donde se puede evidenciar que el demandante siempre ha recibido una asesoría y acompañamiento debidamente informado, no se entiende cómo tal aseveración incida en que no se le impongan costas a PROTECCIÓN S.A., pues finalmente resultó vencida en el proceso, que es el supuesto de hecho que establece el Artículo 365 de CGP para imponer las costas, por lo que la sentencia del *a quo*, será confirmando en este aspecto.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y consultada será CONFIRMADA 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 \$1.160.000.

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 19 de enero de 2022 proferida por el JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **NORBERTO DE JESÚS MEJÍA VILLEGAS** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES**.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. como agencias en derecho se fija la suma de \$1.160.000.

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: **3c2aa2727404713d87674dbf5c07eb69c4484829e3c648d04251a34359bd46de**

Documento generado en 27/01/2023 01:46:13 PM

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