

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El dieciséis (16) de marzo 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 la señora **MARTHA LUCIA FRANCO GALLO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** (en adelante COLFONDOS S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-004-2018-00633-01.

AUTO

De conformidad con la sustitución de poder allegada vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERÍA S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de COLPENSIONES en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada ALINA MILENA ÚSUGA VARGAS, portadora de la T.P. 362.119 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLPENSIONES en este proceso como apoderada sustituta.

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

1. ANTECEDENTES:

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

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que nació el 01 de octubre de 1957, por lo que para el 01 de abril de 1994 contaba con más de 35 años, por lo tanto, es beneficiaria del régimen de transición.

Expone que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES entre el 15 de enero de 1980 y el 30 de septiembre de 1999, y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP COLFONDOS S.A. el 27 de agosto de 1997.

Indica que la asesora de COLFONDOS S.A. fue quien diligenció el formulario de traslado y ella solamente firmó, y que en el detalle de pagos se puede evidenciar que existe una multiafiliación entre los dos regímenes, pues en el Departamento de Risaralda se evidencia la multivinculación entre CAJANAL y COLFONDOS S.A. teniendo en cuenta que las cotizaciones fueron efectuadas entre el año 1997 y el 2002.

Manifiesta que la asesora de COLFONDOS S.A. era su conocida, y que le indicó que se podía pensionar en cualquier momento, que el ISS iba a desaparecer, por lo tanto, lo que había cotizado se perdería, pero no le brindó información consistente en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, no le indicó cual sería la mesada pensional a percibir, ni le informó que capital tenía acumulado de conformidad con los aportes realizados, ni el promedio de ingreso base de liquidación al cual tenía derecho, ni el valor del bono pensional, tampoco con qué IBC debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada o completar el capital para poder acceder a una pensión de vejez, ni las ventajas o desventajas de trasladarse de régimen, ni la distribución que se le daría a su aporte en el RAIS y las diferencias de distribución con el RPM, entre otras cosas.

Aduce que el 05 de febrero de 2018 le solicitó traslado a COLFONDOS S.A. del RAIS al RPM a lo que dicha entidad responde que no podría trasladarse de régimen por cuanto no cumple con los requisitos exigidos por la Ley, y posteriormente el 26 de abril de 2018 le solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, a lo cual dicha entidad responde que no es procedente dar trámite a la solicitud por cuanto se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenando en consecuencia a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas que recibió con ocasión del traslado y las que actualmente integran la cuenta de ahorro individual

tales como: aportes, rendimientos financieros, el pago de primas y comisiones de seguros previsionales, el aporte a la garantía de pensión mínima y los gastos o comisiones de administración de manera indexada, desde su causación hasta el momento del pago a COLPENSIONES.

Seguidamente ordenó a COLPENSIONES a recibir como obligada los valores de la cuenta de ahorro individual que traslade la AFP COLFONDOS S.A. a su satisfacción y equivalencia y a reactivar la afiliación del demandante en el RPM, actualizando su historia laboral de aportes y a incluir los aportes provenientes de COLFONDOS S.A.

De otro lado declaró que la demandante es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en razón a su edad.

Para fulminar condena, el *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 pensionales, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de las AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de la AFP que, al momento de la afiliación de la demandante, haya cumplido con el 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 un consentimiento suficientemente informado, la suscripción del formulario de afiliación preimpreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Seguidamente se declaró sin competencia para resolver la pensión de vejez de una empleada pública.

Finalmente, declaró no probadas las excepciones de fondo o de mérito propuestas por las demandadas, condenó en costas a COLFONDOS S.A.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por la apoderada de COLPENSIONES solicitando sea revocada, argumentando que cuando la demandante realizó la afiliación a la AFP COLFONDOS S.A. en 1997, lo hizo de forma libre y voluntaria permaneciendo incluso

en el RAIS por más de 20 años, por lo que resulta desproporcionado para COLPENSIONES asumir las consecuencias de la falta de diligencia de las obligaciones de la demandante contenidas en el artículo 4 del Decreto 2241 de 2010 que establece el régimen de protección al consumidor financiero, y es que existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al Sistema General de Pensiones destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entendió como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado, en el cual no se demostró durante el proceso una fuerza permanente sobre la demandante durante la afiliación de esta que hubiera viciado el consentimiento o su interés por su futuro pensional.

Indica que al existir una prohibición expresa de trasladarse de régimen faltando menos de 10 años para pensionarse, COLPENSIONES rechaza el traslado de la demandante, en razón a dicha prohibición expresa que se encuentra en la Ley.

Aduce que en caso de que salgan prósperas las pretensiones incoadas por la demandante, solicita al Tribunal se condene a la totalidad de las sumas percibidas por la AFP, y que dicha devolución comprende no solo los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino el 16% total del descuento en pensiones el cual está conformado por las comisiones de administración, fondos de garantía, reaseguros de invalidez y sobrevivencia, entre otros, que deberán devolverse de manera indexada.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, las apoderadas judiciales de la DEMANDANTE y de COLPENSIONES allegaron escritos de alegaciones, en los que anotaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

La decisión de un afiliado que estaba cotizando en el I.S.S. o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100, de trasladarse al RAIS, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, los efectos que en su caso se generan si toma la decisión de trasladarse.

Para este apoderado judicial, no queda duda que las entidades que administran el régimen de ahorro individual, no sólo tienen el deber sino la obligación de brindar

asesoría personalizada, completa, y eficaz, con el fin de entregar al afiliado toda la información necesaria para que éste tome la mejor decisión, en la medida en que es ella la que cuenta con el conocimiento de la normatividad que regula el Régimen con sus características particulares, la formación en materia financiera y la experiencia, mientras que el ciudadano que pretende afiliarse, ignora tales detalles y confía plenamente en que recibirá la asesoría adecuada y completa, para de ese modo tomar una decisión informada, libre y voluntaria.

Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la Ley 1328 de 2009 artículos 3,5,7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, lo cierto es que esta obligación se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, la señora MARTHA LUCIA FRANCO GALLO, sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100.

Para ello baste citar, el artículo 13 literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100, en concordancia con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.

Respecto a este deber de información se tiene que a la señora MARTHA LUCIA FRANCO GALLO, no se le brindó la asesoría adecuada, aspecto que compartimos con él a quo.

CARGA DE LA PRUEBA EN PROCESOS DE INEFICACIA DE AFILIACIÓN

La jurisprudencia de la sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido consolidándose como precedente vertical, desde el año 2008 con la sentencia con radicado 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de dicha anualidad, posteriormente en sentencias con radicado 33.083 del 22 de noviembre de 2011, en sentencias como la SL 12136 radicado 42.292 del 3 de septiembre de 2014, sentencia de instancia SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 4296 de 2018, SL 1452 del 2018 y SL 1688 de 2019.

Esta línea jurisprudencial incluso ha sido retomada por la Corte Constitucional en sentencias de tutela donde ha protegido a los afiliados de sentencias violatorias al precedente de la Corte Suprema de justicia, pues manifiesta las Corte que ya se ha constituido un precedente en procesos de ineficacia de afiliación y deben ser acataos por los jueces y tribunales.

Es evidente entonces que el fondo privado en el proceso que hoy nos convoca no cumplió con este deber o carga procesal impuesta, pues no logro demostrar que se hubiese asesorado a la señora MARTHA LUCIA FRANCO GALLO, con tal especialidad que incluso desmotivara a afiliarse en el Régimen de ahorro individual.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

COLPENSIONES en el acto jurídico de afiliación que se llevó a cabo entre la afiliada la señora MARTA LUCIA FRANCO GALLO y el Fondo Privado demandado, no tuvo incidencia alguna, ya que no participo del mismo; por lo tanto, los efectos jurídicos que surjan de este acto no lo pueden perseguir, ni mucho menos afectar.

Recordemos que la figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de COLPENSIONES se consolida por todo ese tiempo en que el demandante ha estado afiliado en el Régimen de Ahorro Individual; aunado a que la Seguridad Jurídica que se deriva de esta inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros que en este caso tiene un impacto directo frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y la planeación de la reserva pensional.

Por lo anterior, solicito a los Honorables Magistrados, evaluar la proporcionalidad de la decisión tomada en primera instancia por el Juez de primera instancia, y ponderar los bienes jurídicos en tensión, para que sea adoptada otra medida consistente en que sean las AFP demandadas quienes asuman las cargas económicas derivadas de la declaratoria de ineficacia; o que en su defecto, los dineros que trasladen (aparte de realizarse de la forma indicada en la sentencia de primera instancia) se hagan conforme a un estudio actuarial emitido por COLPENSIONES, en el cual se pueda determinar que con esos dineros se cubre íntegramente la prestación económica que se debe reconocer al demandante (una vez acredite los requisitos exigidos), y no tendrá que subsidiarse con dineros del fondo común dichas prestaciones.

No obstante, solicito respetuosamente a la sala que en caso de confirmar la sentencia de primera instancia se ordene a las codemandadas la devolución y reintegro de las

siguientes sumas: recursos de cuenta de ahorro individual, cuotas de administración, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, rendimientos de la cuenta del demandante, anulación de bonos pensionales si existieren, porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración, adicionalmente que dichos valores se entreguen a mi representada de manera indexada. Lo anterior de acuerdo a lo expuesto en las sentencias SL 4.964 de 2018, SL 4.989 de 2018, SL 1.421 de 2019 y SL 1.688 de 2019 por cuanto precisamente la estabilidad financiera del sistema no se puede ver afectada por un acto que carece de eficacia.

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.

Igualmente, se decidirá si la declaratoria de que la demandante es beneficiaria del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, es procedente.

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 COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta 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 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 su historia laboral que reposa a folios 53 y 54 del expediente (Documento 01 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS COLFONDOS S.A. el 27 de agosto de 1997 como se advierte en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 114 del expediente (Documento 01 del expediente digital).

De otra parte, es relevante que para el caso de la demandante, para el momento del traslado de régimen pensional, era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, conforme a la copia de su cedula de ciudadanía que milita a folio 51 del plenario, nació el 01 de octubre de 1957 por lo que para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, y pese a ello, no se acredita en el proceso, que se le haya puesto de presente tal situación y se le hubiese explicado en el momento del cambio de régimen pensional, que con dicha decisión estaba abandonando dicho beneficio transicional que le otorgaba beneficios especiales en su situación Pensional, los que perdía ante su traslado al RAIS.

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:40:41 del video de la audiencia de trámite y fallo (documento 09 del expediente), no se advierte que, esta haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como 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, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo señaló el *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 probaron las AFP, siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión del *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 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 el *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 no hizo mención al porcentaje del reaseguro de Fogafin y por tal razón, como lo solicita Colpensiones en la apelación, la devolución que debe realizar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES deberá incluir 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 de Fogafin, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, lo que se precisará en esta instancia en atención a la apelación de COLPENSIONES, 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 del 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 dla 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, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la **buena fe o de una buena gestión en la administración del bien**, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de las AFP demandadas, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, 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.

En lo concerniente a la solicitud de la apoderada de COLPENSIONES en el recurso de alzada en el sentido que todas las sumas devueltas por las AFP del RAIS deben hacerse de manera indexada, considera la Sala que tal solicitud no es procedente, por cuanto el rubro referido al porcentaje de las cotizaciones que fue abonado en la cuenta de ahorro pensional de la actora ninguna depreciación sufrieron por haber generado intereses, y respecto del porcentaje denominado cuota de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, que no ha generado rendimientos por haber sido consignado en la cuenta de ahorro pensional, el *a quo* ordenó su indexación.

Ahora, respecto de la decisión del juez en el sentido de declarar que la actora es beneficiaria del régimen de transición en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en razón a tu edad, tal asunto sí fue objeto de pretensión y además se indicó en

la fijación del litigio que sería uno del asunto a resolver, por lo que en principio tal decisión es procedente, y en efecto como quiera que la demandante nació el 01 de octubre de 1957, al 1 de abril de 1994 que entró a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años de edad y registra afiliación y cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES desde el año 1980 por lo que se confirmará la decisión de primera instancia de declarar que la demandante es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, se precisará en esta instancia que la declaratoria de que la actora es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no implica necesariamente que COLPENSIONES le deba reconocer la pensión de vejez como beneficiaria de tal régimen si a su juicio considera que por alguna razón distinta a su traslado de régimen pensional que se declara ineficaz, lo pudo haber perdido, y obviamente también, sin perjuicio que la actora pueda reclamar COLPENSIONES que se le otorgue la pensión de vejez como beneficiaria del citado régimen de transición, y que finalmente pueda acudir a la justicia para que se decida ello de ser necesario.

Respecto de la afirmación que realiza la apoderada de COLPENSIONES en su recurso 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 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 demandante, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

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.

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

Sin costas en esta instancia por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación de Colpensiones.

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 07 de marzo de 2022 proferida por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **MARTHA LUCIA FRANCO GALLO** contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.** en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, PRECISANDO que como consecuencia de ello:

COLFONDOS S.A. deberá entregar 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 de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

Igualmente, COLFONDOS S.A. deberá entregar a COLPENSIONES el importe de los bonos pensionales que haya recibido a favor de la actora, distintos al tipo A, que haya pagado la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, el que de haber sido pagado deberá ser reintegrado a este Ministerio.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en cuanto DECLARÓ que la actora es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ADICIONÁNDOLA en el sentido que ello no implica necesariamente que COLPENSIONES le deba reconocer la pensión de vejez como beneficiaria de tal régimen, si a su juicio considera que por alguna razón distinta al traslado de régimen pensional que se declara ineficaz, lo pudo haber perdido, y sin perjuicio que la actora pueda reclamar a COLPENSIONES que se le otorgue la pensión de vejez o jubilación como beneficiaria del citado régimen de transición, y que finalmente pueda acudir a la justicia para que se decida ello de ser necesario.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

Firmado Por:

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

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

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

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **51099589282fa2a67ed2a13c4e1477445a79cdcbd26ff2efc3de975bdfa62046**

Documento generado en 16/03/2023 02:05:44 PM

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