

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El dos (02) 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 **AMALIA PATIÑO RENGIFO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-003-2018-00766-01.

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 MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de COLPENSIONES en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada LUISA FERNANDA SÁNCHEZ NIETO portadora de la T.P. 329.278 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 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 la actora que inició sus cotizaciones en el sistema general de pensiones en el RPM administrado por el ISS en agosto de 1989, posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A. el 17 de octubre de 1997.

Expone que el asesor de PROTECCIÓN S.A. le informó que en el fondo privado podía pensionarse de manera anticipada, pero omitiendo especificar las condiciones de dicha pensión anticipada, el asesor le indicó que el traslado al RAIS no le generaría ningún tipo de perjuicio, y que le era más conveniente por los múltiples beneficios que tenían, como que tendría mejores garantías que en el ISS, que el ISS se iba acabar y que su pensión en el RAIS, sería superior que la que reconocería el RPM, pero no le informaron sobre la posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación o traslado, ni que la mesada pensional dependía del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, ni que si los rendimientos generados en la cuenta no fueren los esperados, tardaría más tiempo para obtener el capital suficiente para pensionarse, ni que si quería pensionarse de forma anticipada debía negociar el bono pensional en la bolsa de valores, asumiendo las tasas de descuento que se tengan para la fecha de negociación, puesto que el bono para las mujeres solo se redime a los 60 años de edad.

Finalmente aduce que solicitó a COLPENSIONES reclamación administrativa tendiente al traslado de régimen, la que fue negada.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó desfavorablemente las pretensiones como, pero no como fueron solicitadas en la demanda, y en su lugar declaró que PROTECCIÓN S.A. faltó a su diligencia debida de buen consejo, declarando que la AFP PROTECCIÓN S.A. faltó a su obligación de dar información clara, veraz y oportuna a la demandante y que dicha falta de información le causó un grave perjuicio económico en la mesada pensional, por lo que declara la responsabilidad profesional y constitucional de PROTECCIÓN S.A. ante el incumplimiento de la obligación indebida de buen consejo.

Seguidamente declaró la inaplicación constitucional de pérdida del RPM de la actora, cuando se trasladó del ISS a la AFP PROTECCIÓN S.A. y declaró que la demandante sigue inmersa en el RPM, pero a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A., y absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones.

Acto seguido ordenó a PROTECCIÓN S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que el demandante lo solicite por escrito, se le reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo el RPM, así mismo que al mes siguiente a que reconozca, liquide y pague la pensión de vejez, solicite por escrito de COLPENSIONES elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional.

También le ordenó a COLPENSIONES, que dentro de los dos meses siguientes a la fecha que se lo solicite PROTECCIÓN S.A., elabore dicho calculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional, seguidamente ordenó a PROTECCIÓN S.A. que hasta tanto no reconozca, liquide y pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES, deberá continuar pagando las mesadas pensiones bajo el RPM al demandante.

Finalmente autorizó a PROTECCIÓN S.A. a conjugar parte del cálculo actuarial pensional que se le ordena pagar a favor de COLPENSIONES tomando para sí el valor de los ahorros pensionales del demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros de este, en cuanto a las excepciones propuestas por las entidades demandadas no prosperan, excepto la de la inexistencia de la obligación de COLPENSIONES, y costas procesales a cargo de PROTECCIÓN S.A.

Para fulminar la condena el *a quo* argumentó que la ineficacia de los actos jurídicos en Colombia debe ser declarada cuando una autoridad observa que ha sido violentado un derecho social fundamental. Que cuando la ineficacia de un acto jurídico o la nulidad de ella es declarada por traer efectos adversos a una de las partes, se entra a una institución propia del derecho denominada el principio de relatividad de los actos jurídicos que benefician o perjudican a los que han participado en él, no a los terceros.

Arguye que COLPENSIONES es un tercero absoluto frente al acto jurídico de traslado, porque ni la constitución, ni la ley le obliga a estar atento a ese acto jurídico y, por lo tanto, las consecuencias negativas de la ineficacia del traslado no tienen por qué recaer en esta entidad y obligarle a reconocer una pensión pues habría un detrimento patrimonial al Estado.

Luego adujo que, las actividades que realizan las administradoras de fondos de pensiones con carácter mercantil financiera, realizan una actividad fiduciaria y que está definido por la jurisprudencia de décadas atrás que en ese contrato no hay una obligación de resultado, pero si ha exigido la ley y la jurisprudencia una obligación de medio que es la de cabal diligencia y asesoría a la persona que realiza el contrato de

fiducia. La doctrina lo denomina como la obligación de diligencia debida o de buen consejo y por lo tanto, cuando las administradoras de fondos de pensiones no dan información clara, veraz y oportuna al momento del traslado y a lo largo del proceso, conforme al artículo 10 del Decreto 720 de 1994 son responsables directamente por los perjuicios, por los daños, por el menoscabo al acceso a la seguridad social en pensiones que traiga el beneficiario, mas no a trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual sino a emitir un título pensional, y si la persona ya ha cumplido la edad obligar a la AFP a pagar la pensión como si fuera del RPM, mediante un cálculo actuarial pensional.

Finalmente, concluyó el juez, que no encuentra prueba alguna de que los fondos privados demandados hubieren entregado al actor una información clara, veraz y oportuna al momento del traslado, y si bien en el proceso se encuentran formularios de afiliación, son pre-formatos que contienen una leyenda interior que no demuestran que se ha hecho el traslado de manera libre y voluntaria por lo que declaró la ineficacia de la afiliación pero indicó que la consecuencia de esta ineficacia no es la afiliación al RPM porque ya está prohibida al faltarle al demandante menos de 10 años para pensionarse, por lo tanto la pensión de vejez estará a cargo del fondo privado, en igual sentido manifestó que la excepción de prescripción propuestas por las AFP'S demandadas no prospera en razón a que los derechos sociales fundamentales como son el acceso a la seguridad social no prescriben.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por las apoderadas judiciales de PROTECCIÓN S.A., el demandante y de Colpensiones en los siguientes términos:

APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.

La apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A. apela la sentencia, argumentando que la Ley 100 de 1993 en su artículo 12 regula 2 regímenes pensionales excluyentes como lo son el RPM y el RAIS, regímenes con características completamente distintas siendo selección del afiliado someterse a una u otra regla, frente a esto el legislador ha otorgado como garantía la selección libre y voluntaria a los afiliados conforme al literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 271, donde ambas disposiciones señalan que el efecto del desconocimiento de este derecho da lugar para la aplicación de las sanciones establecidas específicamente en el artículo 271.

Expone que por lo anterior surge el deber de las AFP a quienes les compete garantizar la toma de una decisión libre y voluntaria precedida de una información clara, completa y veraz que les permita entender a los afiliados cuáles son las reglas pensionales a las que se someten en la selección de cada uno de los regímenes, deber de información que ha existido siempre desde la creación de las administradoras del RAIS conforme al Decreto 663 de 1993, 656 de 1994 y el 720 de 1994, estatutos que se ocupan de señalar el deber de información de las administradoras pensionales, posteriormente el legislador se ha encargado en detalle del contenido de la información a través de la Ley 1328 de 2009, 1748 de 2014 entre otras normas, lo que la CSJ ha denominado fases de la información para señalar que si bien es cierto, lo que anteriormente se trataba de un deber simple de información, ya en fases posteriores avanza a conceptos más elaborados como la asesoría, el buen consejo, y la doble asesoría.

Manifiesta que para resolver el problema jurídico de la ineficacia, se debe remitir al precedente de la Sala Laboral de la CSJ, la cual fijo 2 reglas jurisprudenciales; Primero la existencia del deber legal de información por parte de las AFP, segundo la inversión de la carga de la prueba, acreditar que brindaron información con las características completas, suficientes, clara y veraz, que permitan el consentimiento informado, conforme a las Sentencias SL 31989, 31314 del 2008, 3383 de 2011, 46922 de 2014, esta última ajusta la línea jurisprudencial en torno a la sanción aplicable ante el cumplimiento al deber legal de información, puesto que es a partir de dicha sentencia que la Corte acude al concepto de ineficacia.

Indica que la Corte ha manifestado que, sí existía el deber legal de información y se hace la precisión en cuanto al precedente en casos de transición, se dice que el precedente es aplicable así no sean beneficiarios del régimen de transición, o situación consolidada como lo establece la Sentencia 1421 de 2019, 1688 de 2019, se realiza precisión de como la reasesoría a partir de dicho fallo, no tiene la facultad de subsanar la afiliación inicial puesto que la información ya no es oportuna.

Aduce que conforme a lo anterior, la consecuencia de la ineficacia es que las cosas deben volver al estado como se encontraban antes del traslado, ello implica que la demandante conserve su válida afiliación al RPM, por lo tanto declarada la ineficacia lo que procede es la devolución de la totalidad de los aportes que hubiese recibido PROTECCIÓN S.A. durante la vigencia de la afiliación de la demandante, por lo que condenar a PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante bajo los parámetros del RPM y posterior subrogación de la misma por

parte de COLPENSIONES, no es un efecto propio de la ineficacia, vulnerándose así lo que ha establecido la CSJ en su precedente.

Alega que durante el proceso no fue pretendido que PROTECCIÓN S.A. pagara la pensión de vejez de la demandante a título de responsabilidad profesional o perjuicios, por lo que con la decisión del *a quo* se está alterando el principio de congruencia y su decisión carece de sustento normativo, puesto que las condenas impuestas no tienen previsión legal, por lo que no se le pueden imponer a PROTECCIÓN S.A.

Expone que imponer dichas cargas a PROTECCIÓN S.A. resulta excesivo, ilegal e inconstitucional, ilegal porque desconocería la naturaleza del RAIS, inconstitucional porque las normas del RAIS fueron declaradas exequibles mediante Sentencia C 086 de 2002, por otro lado, se violaría el principio de la sostenibilidad financiera establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, pues en el RPM la pensión de vejez se liquida de manera diferente al RAIS, además los requisitos de uno u otro no se pueden equiparar, ya que el tal caso la condena sería excesiva y traería como consecuencia necesaria que PROTECCIÓN S.A. asuma de su propio patrimonio dichas mesadas pensionales, lo que la conllevaría a su insolvencia, pues el patrimonio de PROTECCIÓN S.A. es diferente al de los fondos que administran, por lo mismo es que las pensiones en el RAIS se financian con los ahorros creados en la cuenta de ahorro individual de los afiliados, más los rendimientos y el bono pensional si a ello hubiere lugar.

Indica que las AFP tienen invertida la carga de la prueba en lo atinente a probar el deber legal de información, pero no está invertido en lo concerniente al tema de perjuicios, por lo que obra por su ausencia prueba alguna donde la demandante demuestre haber sufrido perjuicio por su afiliación a PROTECCIÓN S.A., por lo que la responsabilidad no puede ser objetiva y los perjuicios no pueden ser ciertos, no hipotéticos o eventuales, por lo que en este caso no existe certeza de los perjuicios que supuestamente ha sufrido la demandante, por lo que demandante debió demostrar: primero que se causó un daño, segundo la ganancia o provecho dejado de reportar, lo cual no existe, puesto que la demandante no ha perdido su derecho pensional.

Manifiesta que los rendimientos generados por los aportes de la demandante, administrados por PROTECCIÓN S.A. durante todo el tiempo que estuvo vinculada, le permiten incrementar su patrimonio.

APELACIÓN COLPENSIONES.

El apoderado de COLPENSIONES apela la sentencia parcialmente, en cuanto al numeral 6, 7 y 8, sobre ordenar a COLPENSIONES a realizar un cálculo actuarial, presentárselo a PROTECCIÓN S.A. con miras a la subrogación pensional, para que dicha entidad pague los valores correspondientes.

Expone que no es viable hacer la permuta financiera, ni la subrogación pensional, en el entendido que dichos valores no se tienen exactos, puesto que la demandante no se encuentra activa en el RPM, además se desconoce el IBC de los aportes de los últimos 10 años de la demandante.

Manifiesta que se debe tener en cuenta el Decreto 309 de 2017, el cual modifica la estructura de COLPENSIONES en el artículo 5 #15 que dispone: *“elaborar y mantener actualizados los cálculos actuariales con el fin de cuantificar el pasivo pensional de las mesadas actuales, futuras, conmutaciones pensionales, bonos, cuotas partes y realizar los demás cálculos que sean necesarios de conformidad con las normas legales.”* Por lo que en casos de ineficacia no se puede hablar de cálculo actuarial, ni de como cuantificar el pasivo pensional, referente a las mesadas actuales y futuras, además al hacer un estudio con los aportes, los dineros que se traspasen a COLPENSIONES serían insuficientes para solventar dicha pensión.

Indica que la combinación de régimen no existe, por lo que cada régimen tiene su propia legislación, por lo que en el presente caso no serían suficientes los dineros trasladados de PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES máxime por 5 años, sin tener en cuenta los incrementos legales, para ellos se deberá hacer un avance financiero trimestral hasta el último día que se pague la pensión.

Cuenta que de la ineficacia surge la pregunta ¿Cómo se debe realizar dicho cálculo si no se tiene la certeza del tiempo que se debe tener en cuenta? Para responderla primero se debe analizar que un cálculo actuarial se da en el caso en que hay una omisión en la afiliación y a raíz de eso se dan unas reglas, que el empleador omiso remita información con pruebas de cuales fueron los periodos abundados, que el empleador informe los salarios devengados durante todos los periodos omitidos analizar los aportes, para después COLPENSIONES poder realizar el cálculo actuarial junto con los intereses de mora.

Aduce que en la ineficacia del traslado no se tiene certeza de cuales tiempos se deben tener en cuenta, ni los salarios que se deben tener en cuenta, y que los tiempos a los

que hace referencia el juez para hacer dichos cálculos no se sabe si son según el DANE con la expectativa de vida, ni se tiene en cuenta el porcentaje del incremento actual de la pensión, es por ello que resulta ineficaz el cálculo actuarial, razón por la cual al hacer esta apreciación por parte del juez falta el real excluido financiero, pues con 300 millones no se puede solventar una pensión de más de \$6.000.000, pues con dicho dinero solo se alcanzaría a pagar la pensión por 5 años.

Expone que en cuantos a las permutas financieras a las que hace mención el juez, se tiene que en el lenguaje financiero se conocen dichas permutas como un SUAF, que es un derivado financiero de un contrato entre dos partes, por el cual se están pactando un intercambio de una serie de dinero y una fecha futura, pero el intercambio es un flujo monetario entre las partes, es decir, que no se sabe cuánto es el valor a pagar, y están sujetos a evolución de los tipos de intereses, divisas, etc., además indica que los SUAF son utilizados en incumplimientos crediticios, puesto que no se tiene un valor exacto o un parámetro de cual va ser el contenido de esos contratos, el alcance y las tasas de interés a que se refiere el Decreto 161 de 2014.

Indica que la Sentencia T 4042 de 2006 la Corte Constitucional, manifestó que se trata de una subrogación, en la que el empleador como deudor de la pensión de jubilación es reemplazado en su obligación de pagar las mesadas por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, pero solo de los valores reconocidos por concepto de vejez con arreglo a la Ley, por lo que se estaría hablando de una compatibilidad porque entre el empleador y la administradora comparten el pago de la pensión del trabajador.

Manifiesta que a COLPENSIONES le está prohibido realizar subrogaciones pensionales, en los casos en que no se tiene claro cómo va ser el tratamiento especial para cada una de las pensiones, como en el caso de las ineficacias.

Indica que no está de acuerdo con la afirmación del juez, en el sentido de declarar la ineficacia por inaplicación inconstitucional, pues la inaplicación de las normas es cuando se vulnera algún derecho fundamental y en el presente caso no se genera, toda vez que el Sistema General de Pensiones tiene dos regímenes y el ciudadano por medio de su voluntad y autonomía, escoge a cual pertenecer, además que cada ciudadano tiene la responsabilidad de asesorarse y conocer las reglamentaciones de las cuales se emerge de una decisión, por lo que el desconocimiento de la Ley no sirve de excusa, por lo que el Decreto 720 aplica para ambas partes.

Cuenta que no se encuentra conforme en cuanto a la manifestación del *a quo* de la falta de defensa por parte de los recursos públicos en la ineficacia del traslado, se tiene

una aclaración de voto en el radicado 68852 del magistrado Jorge Luis Quiroz, donde indicó que el deber de información si bien se les impone un deber a las administradoras, no por ello se exonera al afiliado al deber de concurrirse a la escogencia de su régimen pensional.

Expone que en el presente caso hay una prohibición de traslado, pues la demandante al momento de presentar la demanda tenía más de 60 años de edad, por lo cual se encuentra inmersa en la prohibición de traslado, de que no se pueden trasladar de régimen cuando les faltare 10 años o menos de la edad para pensionarse.

Manifiesta que no es está vulnerando ningún mínimo o derecho al mínimo vital, pues la variación en los ingresos no implica una vulneración a este derecho conforme a la Sentencia T 184 de 2009.

Solicita se haga un estudio a las ineficacias del traslado no solamente la falta de información, pues la información y la responsabilidad versan sobre ambas partes, dado que el desconocimiento de la Ley no exonera de responsabilidad a ninguna, y por lo tanto este tipo de traslados ponen en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema y el principio de sostenibilidad financiera como tal.

APELACIÓN DE LA DEMANDANTE.

El apoderado de la demandante apela parcialmente la sentencia, argumentando que el juez al momento de proferir el fallo se apartó de la doctrina probable de la CSJ, aplicando la ineficacia del traslado por inaplicación constitucional, la cual solo tiene efectos a futuro y la subrogación pensional desconociendo así la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del trasladado que ha reconocido la Corte para estos casos, cuando se incumplió con el deber de información clara y veraz por parte de la administradora, la cual no puede ser otra que volver las cosas al estado previo al traslado, esto es que la afiliación de la demandante al RPM se entienda sin solución de continuidad ordenándose el retorno de la demandante a dicho régimen junto con todos sus aportes, rendimientos, dinero pagados por administración y seguro, y demás emolumentos, sin descuento alguno por parte de la AFP.

Por lo anterior solicita al Tribunal revocar parcialmente la decisión del *a quo* según la cual se aparta de la doctrina probable de la CSJ aplicando la figura de la ineficacia por inaplicación constitucional y la subrogación pensional al disponer que corresponde al fondo privado reconocer la prestación de vejez, en los mismo términos que la

reconocería el RPM, previo al envío de un cálculo actuarial por parte de COLPENSIONES, y en su lugar estando probado los hechos que dan lugar a las pretensiones de la demanda se declare la ineficacia de traslado en los términos sentados por la doctrina de la CSJ, disponiendo en consecuencia el retorno de la demandante al RPM sin condicionamiento alguno y sin solución de continuidad y la devolución de todos los aportes y demás emolumentos por parte de la AFP, y se ordenen a COLPENSIONES recibir nuevamente a la afiliada.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, únicamente la apoderada judicial de COLPENSIONES allegó escrito de alegaciones, en los que señaló resumidamente que la responsabilidad de las AFP frente a las nulidades y/o ineficacia de un traslado, no sólo se deben enmarcar a reparar el daño individualmente sometido a consideración de un Juez, sino que debe tener alcance frente a los daños indirectos que irradian o comprometen los derechos constitucionales de terceros, en razón de la reserva patrimonial de los pensionados y afiliados del Régimen de Prima Media que se ven comprometidos con el desmedro que sufre la reserva pensional, y que si bien es cierto, la jurisprudencia ha indicado que al afiliado no le es atribuible y por ende no se le exige la equivalencia económica de los aportes que se devuelven del RAIS al RPM, no es menos cierto, que tal reparo económico lo debe asumir quien ha causado el daño y por virtud de la operación de la inoponibilidad.

Una ineficacia repercute, en que se crea de manera injustificada y desproporcionada obligación con efectos patrimoniales en cabeza de Colpensiones, quien administra los aportes de miles de pensionados y afiliados, y dicha medida para restablecer los derechos del afiliado, no pasaría el segundo criterio de la “necesidad”, toda vez que si existen otros medios menos lesivos para mantener los derechos del afiliado, y es que quien se deba hacer cargo de las prestaciones económicas que se deriven de la ineficacia sea la AFP, quien ha administrado dichos recursos y ha generado los respectivos rendimientos, así mismo, al ponderar los bienes jurídicos en tensión, se podría demostrar que poner en cabeza de Colpensiones dicha responsabilidad, tiene un impacto más lesivo para la sostenibilidad financiera del sistema, evaluando diferentes variables, tales como: (i) que Colpensiones es la única administradora del RPM, que alberga un mayor número de pensionados cuyas pensiones se reconocen con subsidio de las arcas del Estado, de forma tal, que se estaría solventado con estos recursos, el desmedro económico ocasionado por particulares (AFP).

Finalmente, las sentencias C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010, de la Corte Constitucional en materia de traslados, indican que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

El artículo 334 de la Constitución Política, señala que “La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”, en ese orden de ideas, es necesario que, dando prevalencia al interés general sobre el particular, se tomen las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional, conforme a los principios que rigen la Constitución Política, en la medida que el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado.

Por estas razones solicito respetuosamente se REVOQUE y/o MODIFIQUE el fallo por la primera instancia y en caso de confirmar la ineficacia y o nulidad, al respecto de la obligación de aceptar la vinculación de la demandante al régimen de prima media, a de indicarse que la ineficacia o nulidad del traslado por falta del deber de información que tienen las AFP, se están cargado consecuencias finales a la administradora de recursos públicos, respecto de un acto de terceros en el cual no intervino ni tuvo la capacidad de resistir, pues en últimas es quien debe asumir la carga de un afiliado que no cotizó a su sistema como se dejó expuesto anteriormente.

Es por lo anterior que solicito se condene a la AFP; a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos específicos completos que generaron los recursos en la RAIS, intereses, cuotas de administración, aportes de garantía de pensión mínima, aportes destinados al pago de la prima de reaseguros de Fogafin, los seguros de invalidez y sobrevivencia y cualquier otro concepto a consideración del despacho.

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., la Demandante y COLPENSIONES se consultará la sentencia en favor de esta última entidad por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado 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 la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según certificado del SIAFP que reposa a folio 93 del expediente (Documento 02 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 17 de octubre de 1997, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 20 del expediente (documento 02 del expediente digital), con efectividad a partir del 1 de diciembre de 1997, conforme se extrae del certificado SIAFP que milita a folio 93 (Documento 02 del expediente digital).

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 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, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:15:30

del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento, 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 la demandante en el año 1997 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PROTECCIÓN S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que, la orden impartida por la *a quo*, no 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 MODIFICADA en el sentido de indicar que la devolución que debe realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES, deberá incluir el valor de las cotizaciones obligatorias con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o comisiones de administración, los porcentajes que fueron destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones del demandante, 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.

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.

Conforme lo expuesto en precedencia, si bien no le asiste razón a los apelantes, que alegan la improcedencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, sí les acompaña la razón en lo concerniente que los efectos jurídicos de la declaratoria de ineficacia, no podrían ser los establecidos por el *a quo*, encontrándose que, en la sentencia de primera instancia se ordenó pagar en el RAIS una pensión bajo las reglas del RPM lo que no había sido petitionado en la demanda,

pues la consecuencia de la ineficacia del traslado del actor al RAIS, debe ser que regresa al RPM administrado por COLPENSIONES al que se encontraba afiliado antes de su traslado al RAIS.

Así las cosas, le asiste razón a PROTECCIÓN S.A. en cuanto argumenta en su apelación que no se le podía imponer condena una indemnización de perjuicios en lo referente al monto de la pensión de vejez que podría percibir el actor en el RAIS, comparado con el RPM.

Ahora, respecto de la devolución a COLPENSIONES de los bonos pensionales, es necesario indicar que en lo concerniente al bono pensional que eventualmente pudiera haberse pagado a favor del actor, tal decisión resulta desacertada, al menos en lo atinente al bono pensional tipo A, toda vez que al ser ineficaz la afiliación del demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional tipo A, y por tal razón, en el hipotético caso que el referido bono hubiese sido pagado de manera anticipada al actor, lo cual no se encuentra acreditado en el plenario, se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

Respecto de la afirmación que realiza el apoderado de COLPENSIONES en su recurso de alzada 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.

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

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

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

También le asiste razón a COLPENSIONES en su apelación, en cuanto no se le podía imponer la carga de realizar cálculo actuarial, pues la decisión no podía ser otra que declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, y que, en consecuencia, el actor regresaba al RPM al que se encontraba afiliado antes del traslado, con la consecuente devolución a COLPENSIONES de las cotizaciones en la forma ya explicada.

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 apelada y consultada será CONFIRMADA, REVOCADA y MODIFICADA en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia por haber prosperado parcialmente la apelación de todas las partes.

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 3 de marzo de 2022 proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **AMALIA PATIÑO RENGIFO** contra **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**, en cuanto declaró la ineficacia del traslado

de régimen pensional del actor, pero por las razones expuestas en esta instancia, y se REVOCA en todo lo demás salvo en la condena en costas, para en su lugar:

DECLARAR, que por efecto de la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS, su afiliación válida es la del régimen de prima media en COLPENSIONES, entidad está a la que se le ORDENA reactivar sin solución de continuidad la afiliación, e incluir en la historia laboral del actor las semanas cotizadas en el RAIS.

ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. efectuar la devolución a COLPENSIONES, del valor de las cotizaciones obligatorias con sus rendimientos o intereses existentes en la cuenta de ahorro pensional del demandante, así como los gastos o comisiones de administración, incluidos los porcentajes que fueron destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de las cotizaciones del demandante sin descuento de ninguna índole.

SEGUNDO: DECLARAR que en el evento que se hubiese pagado bono pensional tipo A, a favor de la demandante, la devolución del importe del mismo, debe efectuarse al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES.

TERCERO: 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 Medellín - 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: **1fd67f8d0d51135a7e5b02602455fc35fca5f0842cde994fa0fe813fbbf6129b**

Documento generado en 02/03/2023 02:41:30 PM

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