

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El diecinueve (19) de mayo 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 **JORGE HERNANDO BEDOYA GALLEGO**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** (en adelante COLFONDOS S.A.), tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-003-2019-00441-01**.

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 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 el actor que nació el 12 de marzo de 1962. Se afilió al Sistema General de Pensiones en julio de 1995, y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1998.

Expone que fue inducido en error para trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A., la que no le informó que su traslado a ese fondo de pensiones traía como consecuencia que su pensión de vejez fuese reconocida en una cuantía significativamente inferior a la que reconocería el régimen de prima media con prestación definida, por lo que la AFP

COLFONDOS no cumplió con su obligación de asesorarlo adecuadamente sobre las consecuencias de su traslado a un fondo de pensiones privado.

Aduce que la AFP COLFONDOS, no prestó de manera eficiente, eficaz y oportuna la asesoría pensional a que tenía derecho, por lo que no comprendió las implicaciones de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó de manera desfavorable las pretensiones como fueron solicitadas en la demanda, y en su lugar declaró que COLFONDOS S.A. faltó a su diligencia debida de buen consejo, declarando que la AFP COLFONDOS S.A. no cumplió con su obligación de dar información clara, veraz y oportuna al señor JORGE HERNANDO BEDOYA GALLEGO, y que dicha falta de información le causó un grave perjuicio económico en la mesada pensional, declarando además la responsabilidad profesional y constitucional de COLFONDOS S.A. ante el incumplimiento de la obligación indebida de buen consejo.

Seguidamente declaró la inaplicación constitucional de pérdida del RPM acaecida en JORGE HERNANDO BEDOYA GALLEGO, cuando se trasladó del ISS a la AFP COLFONDOS S.A. y en su lugar declarar que JORGE HERNANDO BEDOYA GALLEGO sigue inmerso en el RPM, pero a cargo de la AFP PORVENIR S.A., y absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones.

Acto seguido ordenó a COLFONDOS 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 COLFONDOS S.A., elabore dicho calculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional, seguidamente ordenó a COLFONDOS 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 COLFONDOS S.A. a enjugar 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 COLFONDOS 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. En el presente proceso COLFONDOS S.A. ni

siquiera allegó formularios de afiliación, ni de re-asesoría. En cambio sí quedo demostrado que no cumplió con su deber de brindar información clara, veras, personal y oportuna 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 demandadas no prospera en razón a que los derechos sociales fundamentales como son el acceso a la seguridad social no prescriben.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada por los apoderados judiciales de JORGE HERNANDO BEDOYA GALLEGO, COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES en los siguientes términos:

APELACIÓN DE COLFONDOS S.A.

El apoderado de COLFONDOS S.A. solicita se revoque todo el fallo argumentando que la sentencia afecta a Colfondos en primera medida porque se aleja lo petitionado en el libelo gestor demandatorio. Teniendo en cuenta que el fallo está encaminado únicamente a las facultades ultra y extra petita lo que conllevaría a pensar que se emitió un fallo con sustitución del libelo gestor demandatorio.

Aunado a lo anterior, se tiene magistrados que el señor juez condena a mi representada no solamente a la ineficacia constitucional, sino también, a una serie de obligaciones de las cuales Colfondos no sería dable responder como son la responsabilidad constitucional, que no es otra diferente que un tipo de perjuicio a Colfondos como también el reconocimiento de una mesada pensional en los términos del RPM que hasta el momento no fue solicitado ni pedido dentro del libelo gestor demandatorio.

Por tal motivo solicito al Tribunal que revoque dicha condena teniendo en cuenta en primer lugar que, si bien es cierto que el juez de instancia tiene unas facultades ultra y extra petita, lo cierto es que sus facultades, no son concedidas de manera deliberada y no deben desconocer lo establecido en el libelo gestor demandatorio porque debe haber una congruencia entre lo petitionado y las facultades ultra y extra petita. Este estudio ya se realizó por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional donde todos los fallos deben tener congruencia con lo solicitado.

Aunado a lo anterior, dicho fallo vulnera los derechos constitucionales al debido proceso contemplados en el art 29 de la Constitución Política teniendo en cuenta que nunca fueron debatidas ninguna de las condenas impuestas hacia mi representada como quiera que fuese dentro de la fijación del litigio que se limitó dichas condenas hacia Colfondos pensiones y cesantías.

Aunado a lo anterior, si se les va a indilgar alguna clase de responsabilidad a mi representada a título de perjuicio, este debe ser demostrado por el señor demandante. En el presente proceso no se cuenta con ningún material probatorio que demuestre el fondo de pensiones y cesantías le haya causado un perjuicio al señor demandante. Teniendo en cuenta que si es cierto puede que exista una simulación pensional dentro del plenario lo cierto es que no cumplen con las características propias de un dictamen donde realmente se demuestre si hay alguna afectación o no. Máxime reitero que si se observa el escrito demandatorio no hay ninguna pretensión donde se esté pidiendo una responsabilidad constitucional hacia Colfondos, se le esté pidiendo la mesada pensional en los términos del RPM hacia mi representada, ni tampoco se le está pidiendo que elabore una subrogación pensional, ni tampoco se le está pidiendo que se declare una ineficacia constitucional sino que dicho libelo gestor va encaminado únicamente a que se declare una ineficacia de la afiliación por la supuesta omisión de información. Aquí el señor juez se aparta de los criterios jurisprudenciales dentro de esta materia de la ineficacia vulnerándole el debido proceso a mi representada.

Aunado a lo anterior, con esta clase de procesos ya en el Tribunal de la sala labora de Medellín han sido revocadas innumerables sentencias y por ese motivo avoco a ese revocamiento teniendo en cuenta que estas condenas son contrarias a la Ley 100 de 1993 porque ni siquiera el art 371 impone como sanción a los fondos privados a reconocer pensiones en términos del RPM. Sino que también es contrario a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia ya que ninguna de la larga y extensas jurisprudencias que ha emanado nuestro órgano de cierre ha ordenado unas condenas de tales magnitudes hacia los fondos privados. Por tales motivos, no existe ningún fundamento constitucional, legal, factico o jurisprudencial en virtud de cual se pueda apoyar el presente fallo. Teniendo en cuenta que está condicionado únicamente al cumplimiento de una edad y un número de semanas cotizadas. Razón por la cual cada régimen pensional es disímil y no se le podría condenar a uno o al otro reconocer en los mismos términos.

De igual manera reitero, dichas facultades ultra y extra petita tienen un límite de actuación por tal motivo le solicito respetuosamente a los magistrados hacer estudios

de estas facultades mediante los criterios jurisprudenciales que ha venido decantando la Corte Suprema de Justicia porque debe tener una congruencia ente lo pedido y lo solicitado y lo condenado, y en el presente proceso no hay concordancia con ninguna de las pretensiones dentro del libelo gestor demandatorio. Estas facultades solo podrán tenerse mediante sentencia 662 del 1998 dice que los hechos que sustenta hayan sido debatidos dentro del proceso con plenitud de las formas legales. En el presente proceso no fue debatida ninguna de las siguientes condenas de mi representada porque sencillamente no fueron pedidas y que los mismos estén debidamente probados. En el plenario no obra prueba documental allegada por la parte demandante que sustente el fallo del señor juez de primera instancia.

Aunado a lo anterior, hay una extralimitación de esas facultades toda vez que las obtenciones no van reitero dirigidas a que se declarara una ineficacia constitucional, una responsabilidad, una subrogación pensional y mucho menos un reconocimiento pensional en términos de RPM. Sino sencillamente es una declaratoria de ineficacia simple y llana en los términos decantados por la Corte Suprema de Justicia. Por todo lo anterior solicito al Tribuna revocar todas las condenas hacia mi representada y si entrara en discusión el caso estudiado dentro de la ineficacia plenamente decantada por la Corte Suprema de Justicia sala laboral, solicito si llega a ser el fallo favorable no condenar a mi representada a entregar emolumentos por gastos de administración y seguros provisionales teniendo en cuenta que estos ya fueron acaecidos por el señor demandante.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

El apoderado de Colpensiones apela la sentencia argumentado que si bien dentro del proceso se está absolviendo a su representada por declararse la intrasmisibilidad de las obligaciones a Colpensiones por considerarse un tercero ajeno dentro de la declaratoria de ineficacia, tal cual se indicó en las excepciones de la contestación de la demanda, la insatisfacción respecto de la sentencia que se profiere es respecto de la declaratoria de ineficacia por inaplicación constitucional.

Se basa la presente sentencia en indicarse que se irrogaron unos perjuicios en contra de la parte demandante, por lo tanto, se da la inaplicación constitucional de la ineficacia, pero si miramos en particular el caso cuáles son las afectaciones o perjuicios económicos realizados probados dentro del proceso por la parte demandante, si no evidenciamos efectivamente cuál era el salario o la mesada pensional que la parte demandante recibiría en el fondo privado, puesto que no evidenciamos una proyección o documento emitido

por el fondo privado en donde esté establecida realmente cual era la liquidación de la mesada pensional del afiliado. Teniendo en cuenta que, si miramos incluso la forma en la que está redactada la demanda de la parte demandante, indica que en diferentes periodos durante todo el tiempo que estuvo afiliado al sistema pensional, en los hechos de la demanda nos indica que el demandante estuvo haciendo aportes al sistema de seguridad social con un ingreso base de cotización superiores al salario mínimo. Se indican que tuvo salarios incluso de siete salarios, otros hablan de seis, cinco salarios, cuatro salarios. Entonces realmente queda la duda si realmente hubo un perjuicio económico y si realmente la mesada pensional es tan inferior como la parte demandante en la declaración que rindió en el presente proceso realmente la mesada pensional que recibiría por parte del fondo privado, si realmente existe esa diferencia.

Adicional a ello como se indicó en los alegatos de conclusión, no solamente debe tener en cuenta las obligaciones en las responsabilidades que debía demostrar el fondo privado respecto de esa información que le brindó a la parte demandante, sino que como se indicó trayendo el documento decreto 2231 de 2000 en su art 4 cuales eran los deberes y las obligaciones del afiliado de informarse y tomar las decisiones al momento de trasladarse o afiliarse al RAIS.

En consideración de ello, la Corte Suprema de Justicia sala labora en la sentencia SL 1452 del 2019 ha establecido unas reglas en materia de la ineficacia respecto al grado de intensidad del deber de asesoría, donde debía evaluarse el cumplimiento del deber con base en la vigencia de las normas para la fecha del traslado. Sin embargo considero que dentro de la presente sentencia que se profiere en este proceso no se tuvo en cuenta como esas situaciones particulares de la parte demandante como lo es el hecho de permanecer afiliado durante más de 20 años en el mismo régimen pensional, denotando su faltas de interés y compromiso de estar pendiente de sus asuntos personales, como fue el estar afiliado en el régimen y dualidad de verificar la información a fin de establecer o resolver cualquier tipo de duda que tuviese respecto de esa afiliación en el fondo privado y haber retornado de una manera oportuna sin necesidad de acudir a la vía judicial a declarar la ineficacia del traslado, afectando la sostenibilidad financiera de la entidad por los grandes riesgos que implica esta declaratoria de ineficacia para la entidad. Si bien se comparte la posición del despacho respecto a que no debe declararse la ineficacia debiendo retornar el afiliado de forma inmediata y se comparte el hecho de que probablemente es más benéfica la subrogación pensional, pues ya ha sido incluso revisado en diferentes procesos similares a este, y fallados por el Tribunal, donde se indica que las órdenes que se le imparten a Colpensiones, como lo es la elaboración de cálculo actuarial, una vez le sea solicitado por el fondo privado y se subrogue a las

obligaciones que son impuestas al fondo privado, como lo es el reconocimiento de una prestación futura por la parte demandante, no son en efecto de la declaratoria de ineficacia, por lo que, la forma en la que es emitido el fallo entonces no tendría ningún resultado positivo para entidad y por lo tanto no tendría ningún efecto la sentencia respecto de mi representada, por lo que se solicita se revoque en ese sentido y se absuelva a Colpensiones de forma integral y no se declare la ineficacia del traslado puesto que no se considera que haya habido una vulneración a la parte demandante respecto de los derechos a la seguridad social que se indicó dentro de la presente sentencia como una causación de un perjuicio a este.

Fuera de eso se debe indicar también, como lo hace la apoderada de Colfondos, respecto a la orden de reconocimiento de pensión de vejez como un efecto a la subrogación, como una orden que se da a Colpensiones de seguirla reconociendo en el momento en el que se pague cálculo actuarial por parte de Colfondos. Manifestar también mi oposición respecto a esta orden impartida, toda vez que, conforme a los hechos de la demanda y las pretensiones no se está solicitando por la parte demandante reconocimiento de prestación alguna, y es evidentemente claro dentro del presente proceso que si bien puede tener un número suficientemente de semanas para pensionarse en el RPM no tiene la edad puesto que se confirmó con la cédula de ciudadanía del demandante que en la actualidad cuenta con 60 años. Por lo tanto, no hay lugar a dicha orden de reconocer una pensión en el futuro puesto que no sabemos qué va a pasar de aquí a dos años que el demandante tenga la edad para pensionarse por lo tanto está condicionando a la entidad a reconocer una prestación a la que no sabemos si el demandante va a llegar a cumplir con los requisitos para ser beneficiario de dicha prestación por lo tanto en ese sentido se debe también revocar la sentencia en ese sentido.

APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE.

El apoderado del actor apela la sentencia argumentado que, si bien la parte demandante considera que el despacho realizó un análisis juicioso del caso, no está de acuerdo dado que lo que debe operar en el caso del demandante, es la ineficacia del traslado de régimen. Tesis esta que de manera reiterada y pacífica ha sostenido sala laboral de la Corte Suprema de Justicia que la consecuencia jurídica de declarar la ineficacia del traslado es que las cosas vuelvan a su estado anterior. Es decir, que el fondo privado devuelva todos los ahorros y rendimientos a Colpensiones y que esta acepte al demandado como su afiliado y que en el momento en que el afiliado cumpla los requisitos de ley para acceder a su pensión sea Colpensiones quien reconozca dicha pensión. Por

esto se estima que se debe declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante con su destino a la AFP Colfondos o en subsidio la nulidad de su traslado. Me remito a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral, que fueron citadas como fundamento de derecho en la demanda y las citadas también en los alegatos de conclusión.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia los apoderados de Colpensiones y Colfondos allegaron escritos de alegatos en los siguientes términos:

COLPENSIONES:

“La apoderada judicial de COLPENSIONES en el escrito de alegaciones anota resumidamente que no comparte la decisión de primera instancia, por las razones que se indican a continuación:

➤ Respecto a la información suministrada por las AFP No debe subestimarse la información suministrada por las AFP al momento del traslado y durante el tiempo que duró afiliada al RAIS y cuál es el alcance de la asesoría brindada al momento de la afiliación, esto es para el año 1998, cuando se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. entidad donde se encuentra afiliado en la actualidad. La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1452-2019, estableció las reglas actuales en materia de ineficacia del traslado, el grado de intensidad del deber de asesoría, debiendo evaluarse el cumplimiento de este deber con base en la vigencia de las normas. No se hace razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, desvirtuándose el principio de confianza legítima, violando el debido proceso inclusive para Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación económica de pensión de vejez que solicitada en las pretensiones de la demanda. Ahora, respecto a que se causó perjuicio económico a la parte demandante por parte de las AFP privada, se evidencia que para la fecha del traslado al RAIS la parte demandante no tenía ningún derecho consolidado o expectativa legítima respecto de la pensión y, por lo tanto, no era posible determinar la certidumbre de las consecuencias de afiliarse al RAIS. Es por ello, que la carga de la prueba no está sólo en cabeza de las AFP, por lo que se está desconociendo e inaplicando el artículo 1601 del C.C. en la medida en que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, por lo que debe tenerse en cuenta las condiciones particulares de la parte demandante, tal como lo ha resaltado la Corte en sentencia T-422-2011, a su

vez debe tenerse en cuenta que el afiliado también tiene la obligación de asesorarse en los términos del artículo 4 del Decreto 2241 de 2010. El SILENCIO de la parte demandante en el transcurso del tiempo, debe entenderse como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado; aspecto que no fue analizado en la sentencia de primera instancia, existiendo elementos notorios que exponían la intención de la parte demandante de permanecer en el RAIS, como fue el hecho de permanecer más de 20 años afiliado al mismo régimen pensional; llama la atención respecto a la ignorancia que alega la parte demandante de desconocer los riesgos de estar afiliado al RAIS, por lo cual no puede ser considerado inexperto o incapaz de tomar una decisión acertada; pero lo único que se tiene en cuenta es la simple manifestación que realiza la demandante de la insuficiencia de la información suministrada por el fondo, sin realizar un análisis mínimo respecto a la condición académica del demandante, el tiempo de permanencia en el régimen, los traslados horizontales que efectuó dentro del mismo régimen denotan la intención de permanecer afiliada a dicho régimen y aún más sorprendente el hecho de haber trabajado para un fondo de pensión administrador del RAIS y que diga que no obtuvo información suficiente. Es por ello, que las consideraciones tenidas en cuenta por el Juez de instancia para declarar que el demandante perdió el régimen de prima media con prestación definida por aplicación constitucional no resultan ser de recibo por parte de mi representada toda vez que no se evidencia que se le esté violentando ningún derecho social y ningún principio a la parte demandante, toda vez que en el sistema general de pensiones existen dos regímenes y el (la) afiliado (a) acudiendo a su voluntad y autonomía puede escoger entre uno u otro régimen. La postura asumida por la parte demandante después de tantos años no puede ser ahora, pretender alegar el desconocimiento de la ley para valerla de excusa en favor propio, pretender alegar que no le dieron información suficiente cuando hubo información suministrada, alegando que la decisión y/o los efectos de permanecer afiliado al RAIS ahora, no cumplen con sus expectativas pensionales y en consecuencia de ello deba asumir esta carga un tercero como es mi representada COLPENSIONES.

➤ Si partimos del amplio análisis doctrinario, jurisprudencial y constitucional que hace el a quo, resultaría demostrado y probado que no es posible acceder a las pretensiones de la parte demandante por aplicación constitucional de la ineficacia, al resultar violentados principios como el de sostenibilidad financiera conforme lo desarrollado por el artículo 48 y 334 de la Constitución Política de Colombia en concordancia con el artículo 2 y 4 de la misma Carta. La Corte se ocupó del tratamiento dado por la jurisprudencia constitucional a la problemática que surge en torno a quienes se trasladaron al régimen de ahorro individual y unificó su jurisprudencia en sentencia SU-130 de 2013 advirtiendo que, “de conformidad con lo previsto en los artículos 13, literal e) y 36, incisos 4° y 5° de la Ley

100 de 1993, tal y como fueron interpretados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” y conservar los beneficios del régimen de transición” y el demandante no cumple con los requisitos. Por lo tanto, el derecho a trasladarse NO es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales. Por eso, como se indicó previamente, desconocer el principio de sostenibilidad financiera del sistema general JOHANNA ANDREA LONDOÑO HERNÁNDEZ ABOGADA P á g i n a 4 | 5 de pensiones (artículo 48 C.P. adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005) al declarar la ineficacia del traslado de un afiliado del RPMPD a RAIS, pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados como lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia T-489 de 2010.

En consideración de lo anterior, debe REVOCARSE la sentencia de prima instancia y no declararse la ineficacia del traslado, debiendo ABSOLVERSE de forma integral a mi representada Colpensiones es un tercero absoluto toda vez que la ineficacia o nulidad resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso Colpensiones, figura que se constituye en mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de Colpensiones se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS, aunado a que la seguridad jurídica que se deriva de la inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

Sin embargo, de ser considerado por la Sala que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado, y ordenar a COLPENSIONES asumir las obligaciones que devienen de las pretensiones formuladas por la parte demandante, le solicito respetuosamente se ordene la devolución de la totalidad de los aportes al RPMPD, de manera que se garantice el reintegro de la totalidad de la cotización, esto es: Recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros Previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual (Sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL 17595-2017, CSJ SL 4989-2018 y CSJ SL 1421-2019, rad. 56174 y la sentencia del CSJ SL2329-2021). Adicionalmente, si la sumatoria de todos los conceptos que se ordenan trasladar resulten ser inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que la parte demandante hubiera permanecido en el RPMPD, será la AFP COLFONDOS S.A. quien asuma la diferencia que resultare en proporción al periodo durante el cual la parte demandante permaneció afiliada a dicha AFP. Respecto a la condena de costas procesales en esta instancia, solicito no imponer condena alguna en contra de mi

representada, toda vez en el hipotético se decidiera confirmar o modificar la sentencia recurrida en favor de la parte demandante y declarar la ineficacia del traslado, los perjuicios futuros de las condenas que aquí se impongan corren por cuenta de mi representada y no resulta ser justo que deba asumir perjuicios económicos dentro de un pleito cuyos hechos derivan de la obligación y el deber de un tercero como lo es la AFP privada, donde no tuvo participación mi presentada.”

COLFONDOS S.A.:

“Argumentos del recurso

Sea lo primero indicar que respecto de los yerros cometidos por el juez de primera instancia al proferir la sentencia objeto de la apelación, nos reiteramos en todas y cada una de las razones expuestas en la sustentación del recurso, insistiendo en esta oportunidad en la revocatoria de la decisión de instancia.

a. De la inviabilidad de las órdenes del a quo.

En este aspecto es preciso traer a colación que la Honorable Sala de Decisión Laboral, en reiteradas providencias, ha dejado en evidencia, la inviabilidad jurídica de la tesis adoptada por el Señor Juez Tercero Laboral del Circuito de Medellín, para resolver los conflictos de ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sometidos a su decisión, entre ellas, la sentencia del 26 de octubre de 2020, dictada en el proceso con radicado 003 2016 1489 – 01 y ponencia del Magistrado Guillermo Cardona Martínez, oportunidad en la cual se indicó:

“...En cuanto a la ORDEN DADA POR EL JUEZ A COLFONDOS S.A. de cancelar la pensión de vejez como si fuera el régimen de prima medida al cumplimiento de la edad, con miras a la subrogación pensional con Colpensiones, es muy importante reafirmar que al declararse la ineficacia, se genera como resultado que la afiliación válida es la efectuada al Régimen de Prima Media, y cabe advertir que el único administrador de este régimen, es Colpensiones, debiéndose entender que la demandante siempre permaneció afiliada al mismo sin solución de continuidad, teniendo en cuenta además que desde las pretensiones de la demanda y posteriormente en la fijación del litigio, se solicitó dejar sin efecto la afiliación a COLFONDOS, para que en su lugar, todo se retrotrajera al estado que se encontraba antes del traslado...”

“... Es importante manifestar que no obra en la ley y sus decretos reglamentarios, regulación con la que pueda la AFP realizar el pago de un cálculo actuarial con miras a la subrogación pensional, en tanto que la función principal es administrar los aportes de sus afiliados, y el cálculo actuarial se utiliza en materia pensional para los empleadores que no afiliaron a su trabajador a la seguridad social o por el incumplimiento de la obligación del empleador de reportar la novedad de ingreso de

un nuevo trabajador a su empresa, a través de una reserva actuarial o título pensional, por ejemplo con base en el literal b.c.d. y e. del artículo 33 de la Ley 100 y el Decreto 18897 de 1994 ...”

“... Ahora frente a la obligación de aceptar la subrogación pensional como si fuera una conmutación pensional a partir de un cálculo actuarial por parte de Colfondos, frente a Colpensiones, la Resolución 249 de 2013, emitida por esta última entidad, señala que “la conmutación pensional es un mecanismo jurídico y contable, a través del cual una entidad empleadora, para lograr la normalización de su pasivo pensional, transfiere a un tercero, mediante el pago de una suma establecida, la responsabilidad jurídica del pago de pensiones a su cargo.”

*De lo anterior se desprende, que dicha figura solo se ajusta cuando se trata de un empleador hacia una entidad administradora de pensiones, lo cual requiere de unas etapas a saber: **Etapas I:** Precálculo. En esta etapa el interesado en la conmutación pensional manifiesta mediante una solicitud escrita el deseo de iniciar el proceso de conmutación pensional. **Etapas II:** Conmutación pensional. En esta etapa se formaliza el contrato de conmutación, pero debe solicitar permiso para conmutar ante el Ministerio de Trabajo y la Superintendencia que vigila y regula el tipo de empresa por parte del empleador interesado, situación atípica y poco probable de autorización si se trata de una AFP conmutando una pensión de vejez de constituida a COLPENSIONES, más aún cuando debe atenderse a instrumentos financieros de la superintendencia, que causan diferencias con los aportes y rendimientos en el RAIS frente a los aportes de Colpensiones.*

Por lo tanto, debe advertirse que dicha reglamentación está hecha para la formalización de pasivos pensionales de empleadores, no siendo un instrumento útil como propuso el juez. Como consecuencia, se REVOCARÁ la sentencia de primera instancia en lo que se refiere al reconocimiento de la pensión de vejez, por parte de COLFONDOS S.A. como si estuviera en el régimen de prima media, y a la orden dada con respecto al cálculo actuarial y subrogación pensional.”

En el mismo sentido en la sentencia del 22 de junio de 2021, dentro del proceso con radicado 003 2018 483 del 22 de julio de 2021, con ponencia de la Magistrada Sandra María Rojas Manrique, en la que entre otros aspectos, se expuso:

“... La orden impartida por el a quo a Colfondos S.A., de emitir un cálculo actuarial con miras a la subrogación de la pensión que debe reconocer Colpensiones, no es un efecto propio de la ineficacia y desconoce las reglas propias de cada régimen. Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que en este proceso no fue pretendida la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la AFP y en todo caso, la ineficacia declarada, impide que se materialice el perjuicio que busca corregir el fallador de instancia, sin que tampoco fuere pretendido por la actora el reconocimiento de la pensión de vejez, razones por las cuales las órdenes impartidas, alteran sustancialmente el principio de congruencia y de contera, el derecho de defensa y contradicción de las accionadas...”

Por ello es clara la inviabilidad jurídica que representa la decisión tomada por el a quo; tal y como ha sido reconocido por el H. Tribunal de Medellín quien en aras de dar aplicación a la Jurisprudencia existente que ha decantado los efectos de la declaratoria

de ineficacia del traslado, ha revocado de manera congruente las sentencias proferidas por el **JUZGADO 3 LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**.

b. De los efectos de la declaratoria de ineficacia y las restituciones mutuas.

En el evento que la Sala decida mantener la declaratoria de la ineficacia con los efectos propios de dicha figura jurídica, de manera respetuosa, se solicita que no se ordene a mí representada, retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, los gastos de administración, porque se causan y descuentan por disposición legal, más no por capricho de las administradoras del RAIS y por ende son exigibles, vigentes y exequibles. Ahora, haciendo lectura del Decreto 2555 de 2010, contrario a como siempre se han concebido los mismos, estos tienen una destinación específica en exactamente 11 gastos, de los cuales 1 es para garantizar la defensa judicial del fondo, **otro es para la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, en virtud de los cuales, la actora ha estado amparada por los riesgos de invalidez y muerte y lo estará incluso hasta la ejecutoria del fallo, es decir, que la contratación y pago de las pólizas previsionales, cumplieron y siguen cumpliendo su específica destinación.** Los otros 9, son destinados únicamente para realizar las inversiones que hacen los fondos privados, que generan los rendimientos que son depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de los afiliados. De modo también, que dichos gastos nunca hacen parte del P y G de los fondos de pensiones.

Adicionalmente, ese mismo decreto, señala que el manejo de estos recursos es vigilado por la Superintendencia Financiera, e incluso los fondos de pensiones de las utilidades que reciben como sociedad (es decir lo que si reportan dentro del P y G), deben crear reservas que garanticen la rentabilidad mínima mediante el mecanismo creado por esa norma y que periódicamente señala el órgano de control; y si los fondos de pensiones, no garantizan la rentabilidad mínima, deben incluso sus socios responder con su propio patrimonio. Por lo que entonces, la norma y el Órgano de Vigilancia y Control, prevén mecanismos suficientes para que los fondos hagan un buen uso de esos gastos de administración.

Para el caso de Colfondos, es la AFP que mejor uso hace de los gastos de administración, ya que es la que mayor rentabilidad general en el mercado, dado que rentabilidad mínima exigida es en promedio del 4.50% y Colfondos S.A. Pensiones y

Cesantías siempre ha generado sobre el 8%, es decir el doble de la rentabilidad mínima exigida.

A su vez, si se analiza la rentabilidad que genera mi mandante, esta es muy superior a la rentabilidad que genera Colpensiones en los inversión de los TES, por lo que si se hace un estudio de equivalencia financiera, de los dineros de la cuenta de ahorro individual con rendimientos generados, que finalmente se trasladarían con destino a Colpensiones, ello arrojaría que los rendimientos producto de la administración de los recursos pensionales que ha realizado Colfondos, son diametralmente superiores a los rendimientos que hubiese podido generar el Régimen de Prima Media, de haber permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Es por lo anterior, que ordenar a Colfondos devolver los gastos de administración, generaría un enriquecimiento injustificado, de parte del fondo que va a recibir los aportes de la demandante, **máxime cuando ni los gastos de administración, ni el porcentaje destinado a la contratación y pago de las pólizas previsionales, son factor de financiación de la pensión de vejez, en el Régimen de Prima Media.**

Además, se trata de conceptos de tracto sucesivo que se han causado con la periodicidad que impone la ley, por tanto, aquellos que no se reclamaron dentro de los tres años siguientes a su causación, se encuentran prescritos. Por otra parte, estos recursos NO están en poder de Colfondos y en la etapa de fijación del litigio, jamás se estableció de devolución dineros que estuvieran en poder de terceros, que ni siquiera fueron vinculados al proceso, violándose su derecho de defensa y contradicción, al paso que dichas garantías también serían desconocidas para Colfondos.

Ahora, **no** será posible que se ordene la indexación de los conceptos que llegaran a ordenarse devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, porque con los rendimientos generados por mí representada, en todo caso superiores a los que hubiera podido generar el ISS o Colpensiones, si la parte actora nunca se hubiera trasladado de régimen, quedó más que compensado este concepto, además dicho rubro, no fue objeto de petición, en la demanda, ni incluido en la fijación de litigio; por tanto, una condena en ese sentido, desconocería el principio de consonancia y congruencia de la sentencia con las pretensiones de la demanda y comportaría violación del derecho de defensa y el debido proceso.

Sobre el tema, sentencia del 24 de junio 2021, dentro del proceso de Clara Inés Rodríguez Muñoz con radicación 05001-31-05-015-2019-00531-01 y ponencia de la doctora María Eugenia Gómez Velásquez, se señaló:

“no hay lugar a imponer condena por concepto de indexación, teniendo en cuenta que a la administradora de fondos de pensiones se le impuso la obligación de devolver a colpensiones, la totalidad de las cotizaciones con motivo de la afiliación de la demandante, sin descuento alguno, incluyendo rendimientos generados, concepto que puede compensar la devaluación que se hubiere causado en el tiempo. por lo anterior, se modificará la sentencia de primera instancia, revocándose en cuanto a condenó a colfondos al pago de la indexación, sobre los valores que deberá trasladar a colpensiones (ver sentencias sl2207, sl2208 y sl 2279 de 2021).” se destaca en este caso, la referencia a expresas sentencias de la corte suprema de justicia – sala de casación laboral, respecto de la improcedencia de la indexación, en asuntos como el que nos ocupa.

De igual manera en sentencia del 4 de junio 2021, con notificación por estados el 08 de junio 2021, dentro del proceso de Cruz Magdalena Gutiérrez Lopera, con radicación 05001-31-05-007-2018-00761-01 y ponencia de la doctora Martha Teresa Flórez Samudio, se señaló:

“ finalmente, respecto a la indexación reclamada en los alegatos de instancia por parte de colpensiones, frente a los conceptos que deben ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida, estima la sala, que la misma resulta improcedente, por cuanto la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, que es precisamente la finalidad de esta indexación, ya se encuentra conjurada con la condena a la devolución de los rendimientos financieros, pues con estos últimos, se asegura que el capital a trasladar corresponda a un valor real y actual, para no afectar la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, máxime que la referida indexación no fue solicitada en la demanda, ni tampoco hizo parte de la fijación del litigio”

Igualmente, en sentencia del 03 de junio 2021, con notificación por estados el 04 de junio 2021, dentro del proceso de María Deyser Gutiérrez Álvarez, con radicación 05001 3105 **001 2019 00264** 01 y ponencia de la doctora Luz Amparo Gómez Aristizábal

“... y sin la indexación dispuesta en la providencia revisada, toda vez que al encontrarse los saldos en poder de la AFP deben estos generar unos rendimientos mínimos que evitan su envilecimiento, acogiénose así planteado por la apelante...”

Es importante recordar también, que la Corte Constitucional en sentencia SU 062 del 03 de febrero de 2010, le impuso la obligación al I.S.S., hoy Colpensiones, de informarle al afiliado cuál era la diferencia en el valor de los aportes entre los dos regímenes sobre el saldo a trasladar y acordar con este un plazo prudencial para que el interesado asumiera la diferencia resultante, por lo que de presentarse la misma, será la parte demandante quien la asuma. En ese orden de ideas, tampoco podrá ordenarse en segunda instancia, que Colfondos asuma una eventual diferencia en el valor de los aportes. Nótese que en la demanda tampoco fue elevada pretensión alguna en ese sentido, por lo que no podría impartirse condena alguna en ese sentido, porque en segunda instancia no puede fallarse más allá de lo pedido.

En los anteriores términos, se dejan sustentados los alegatos de conclusión en esta instancia.

Solicitándole al despacho **REVOCAR** la sentencia de primera instancia, proferida por el Juez 3 Laboral del Circuito de Medellín, y en su lugar **ABSOLVER** a mi representada de todas y cada una de las pretensiones.”

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a 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 la demandante.

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

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de PROTECCIÓN S. A. se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES por haberle resultado parcialmente 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 el accionante, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral emitida por COLPENSIONES visible a folios 01 al 08 del documento 14 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 20 de noviembre del 1998, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 80 del documento 13 del expediente digital.

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar 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 COLFONDOS 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, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:08:00 del video de la audiencia de trámite y juzgamiento (Documento 26 del expediente digital), no se advierte que este haya confesado que COLFONDOS S.A. le hubiese 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 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, contrario a lo argumentado por la apoderada de COLFONDOS S.A., para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa

sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP, siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1998 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por el ISS hoy COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS S.A., pero por las razones expuestas en esta instancia.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que, 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, en la que precisó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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.”

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.

En lo que tiene que ver con lo pedido por la apoderada de COLPENSIONES en la apelación y en sus alegatos de segunda instancia, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor del actor, ello no es procedente, toda vez que al ser ineficaz la afiliación del demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional, al menos el tipo A, y por tal razón, si el referido bono fue pagado su devolución se debe realizar al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES.

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

Respecto del anterior argumento, se ha de manifestar, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que el actor estuvo afiliado al RPM era beneficiario de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las norma legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues a este principio el que se tiene que someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

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

Ahora, le asiste razón a los recurrentes, en cuanto no se le podía imponer a COLPENSIONES la carga de realizar cálculo actuarial, ni a COLFONDOS S.A. de reconocer pensión al demandante, pues la decisión conforme la demanda, 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 todos los recurrentes.

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 09 de agosto de 2022 proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **JORGE HERNANDO BEDOYA GALLEGO** contra **COLPENSIONES** y **COLFONDOS 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 del demandante al RAIS, su afiliación válida es la del régimen de prima media en COLPENSIONES, entidad esta 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 **COLFONDOS S.A.** efectuar la devolución a **COLPENSIONES**, las cotizaciones obligatorias de su cuenta de ahorro pensional del demandante con sus rendimientos o intereses, 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 del demandante, la devolución del importe del mismo, debe efectuarse al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

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: **4a24574a14e0cf49e5fe832f31dcf44c64aece98d26c1e035aa71a4602daf1e6**

Documento generado en 19/05/2023 02:43:31 PM

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