

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintiséis (26) de mayo de dos mil veintitres (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 **ÁLVARO DE JESÚS HERNÁNDEZ MARTÍNEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A) tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-019-2022-00036-01.

AUTO

De conformidad con el poder especial otorgado mediante escritura pública, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de PROTECCIÓN S.A., se procede a reconocer personería a la abogada LAURA LÓPEZ ÁLVAREZ portadora de la T.P. 365.499 del C. S. de la Judicatura, para que represente a PROTECCIÓN S.A.

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 se afilió al RPM administrado por el ISS en febrero de 1990, y posteriormente se trasladó al RAIS en octubre de 1994.

Señala que a través de una indebida asesoría que desconoció su futuro pensional en el RPM y con ello la posibilidad de pensionarse con un ingreso base de liquidación más alto y una tasa de reemplazo más atractiva, accedió a traslarse de régimen y afiliarse a PROTECCIÓN S.A. en octubre de 1994, pues le indicaron que el ISS se iba acabar, que el reconocimiento de la pensión sería más expedito, por cuanto no tendría los problemas que se presentaban en el ISS y que podía mejorar el monto de la pensión, pero no le informaron que el reconocimiento efectivo de su pensión estaba condicionado a contar con el capital suficiente y necesario para acceder a su pensión en la forma como le fue prometida, y que de no tenerlo pero haber cotizado 1150 semanas tendría derecho a la garantía de pensión mínima; tampoco le indicaron que el cálculo del IBL estaría condicionado a su edad, la de su cónyuge e hijos, ni que las pérdidas de los mercados en los que el fondo de pensión invirtiera se reflejarían de manera negativa en el monto de su cuenta individual.

Finalizó indicando que la reasesoría que recibió de PROTECCIÓN S.A., tampoco corresponde con la realidad de sus cotizaciones, ya que se le informó que en ambos regímenes recibiría la misma mesada pensional.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, materializado a través de PROTECCIÓN S.A., y consecuencialmente, para efectos pensionales, el accionante ha estado afiliado al RPM.

En igual sentido ordenó a COLPENSIONES, aceptar el regreso o vinculación del demandante a esta entidad.

Igualmente ordenó a PROTECCIÓN S.A., a trasladar con destino a la COLPENSIONES los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, tales como cotizaciones obligatorias, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales, y a esta última a recibirlos para que su equivalente en semanas se refleje en la historia laboral.

Para fulminar la condena, el *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la

conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregó la debida información al afiliado al momento del traslado.

Seguidamente expuso, que en el presente proceso no se probó por parte de la AFP demandada que haya cumplido con su deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de ese consentimiento informado la suscripción del formulario de afiliación, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado del demandante a PROTECCIÓN S.A en el año 1994.

Finalmente condenó en costas a PROTECCIÓN S.A., y absolvió de las mismas a COLPENSIONES.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

El apoderado de COLPENSIONES apela la sentencia de primera instancia, indicando que la demanda carece de fundamento probatorio, no siendo posible una condena a cargo de su representada, toda vez que el consentimiento libre y espontáneo del demandante se ve materializado con la afiliación al RAIS; así que, en su momento COLPENSIONES nada tuvo que ver con la decisión tomada por el actor al definir su situación pensional, por lo que esta entidad es un sujeto pasivo, que solo acepto la voluntad libre y sin coacción del demandante.

Arguye que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el afiliado contaba con un espectro de decisión más amplio a la hora de definir su situación pensional, la cual debía ajustarse a las condiciones particulares, con un análisis mínimo que le permitiera tomar una decisión acertada, la cual se vio materializada con la suscripción y aceptación del formulario de afiliación, diligenciado validamente sin coerción o dolo alguno.

Manifiesta que teniendo en cuenta que el demandante no se encuentra afiliado a COLPENSIONES, no es procedente el reconocimiento del traslado al RPM, ni le es dable al demandante la alegación al vicio del consentimiento en el traslado al RAIS, pues el mismo se hizo efectivo y sufrió las consecuencias de la afiliación a dicho régimen, de igual forma, no se puede hablar de un fallo favorable para las pretensiones del demandante, cuando a este lo cobija el principio de la autoresponsabilidad de los hechos que se afirman, siendo el llamado a aportar pruebas tendientes a demostrar que el traslado de régimen fue producto de un engaño y falta de información como lo manifestó en la demanda.

Aduce que no es procedente imponer cargas económicas adicionales a COLPENSIONES, cuando el actuar de la entidad se ha regido bajo el principio de la buena fe, no siendo posible imponerle a su representada cargas insostenibles, pues dicha entidad al momento de responder la petición incoada, actuó conforme a derecho, siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional respecto de las restricciones que se señalan para el regreso al RPM, por lo que actuó en un margen de legalidad y buena fe.

Por lo anterior, solicita al Tribunal revoque el fallo de primera instancia y se exonere a COLPENSIONES de cualquier tipo de responsabilidad.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de PROTECCIÓN S.A. y de COLPENSIONES allegaron escrito de alegatos de conclusión, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE PROTECCIÓN S.A.

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

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

En segundo lugar, y teniendo en cuenta la posición adoptada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito en el proceso judicial 05001-31-05-011-2019-00202-01, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – **FOGAFÍN** es una autoridad financiera adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargada de proteger los ahorros de los ciudadanos depositados en bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento, sociedades especializadas en **depósitos electrónicos (SED PES)** que, **por obligación, están inscritos en FOGAFÍN**. Dicho Fondo fue creado en 1985 para enfrentar la crisis financiera que por esa época afectaba al país, en ese momento intervino en el proceso de capitalización del sistema financiero. Años más tarde, **FOGAFÍN** estuvo en el centro de la solución de la crisis financiera de finales de los noventa. Para ese entonces ejecutó el programa de salvamento del Gobierno Nacional focalizado en atender las dificultades que afrontaban los establecimientos de crédito y los ahorradores del sistema.

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

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

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

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

No obstante la derogatoria de la citada Resolución 01 de 2009, el parágrafo del artículo 20 de la Resolución 05 de 2009 dispone que dicha Resolución 01 continuará rigiendo para efectos de la devolución de primas y cobro de prima adicional de los

establecimientos bancarios, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento y las sociedades de capitalización, correspondientes al año 2009, así como, para el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos relacionados con ellas. **Nótese que, en ningún contenido de dicha resolución, se mencionan las entidades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, obedeciendo esto a lo que más adelante estipularía el artículo 163 de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, la cual dispuso la eliminación de la garantía de FOGAFÍN a las Administradoras de Cesantías y a las de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la obligación a las Aseguradoras de inscribirse en el FOGAFÍN, ordenando además el traslado de las reservas existentes al Tesoro Nacional dada la condición de garante que tiene la Nación en ambos sistemas, así:**

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

En los anteriores términos, una eventual sentencia por este rubro estaría ordenando a PROTECCIÓN el traslado a Colpensiones de un **concepto completamente derogado por la normatividad que lo regula, y que además por disposición normativa fue girado al tesoro nacional, y asumido por la propia Administradora desde su estipulación en el artículo 99 de la Ley 100 de 1993, y que NUNCA SE DESCONTÓ DE LA COTIZACIÓN A PENSIÓN DE LOS AFILIADOS**, estando así completamente infundado dicho concepto, máxime cuando Colpensiones no sería (bajo gracia de discusión) el legítimo destinatario de dicho concepto, sino que es la Nación, a la cual ya le fue girado desde hace más de doce (12) años.

Finalmente, teniendo en cuenta el reciente pronunciamiento de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito en el proceso judicial 05001-31-05-011-2019-00202-01, en la cual la sala determinó la improcedencia del pago por concepto aportes al **Fondo de Solidaridad Pensional** por cuanto:

*“(…) habida cuenta que este fondo **no es exclusivo del RAIS**, como es el caso del Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, sino que es “... una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, **adscrita al Ministerio del Trabajo** y administrada por sociedades fiduciarias de naturaleza pública” (T-321 de 2019), cuya finalidad es “... subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte [...], hacer efectivo el principio de solidaridad que rige al sistema de seguridad social [...], y materializar el Estado Social de Derecho, al asegurar a*

*los menos favorecidos la satisfacción de sus necesidades básicas” (artículo 26 de la Ley 100 de 1993, C-243 de 2006, T-321 de 2019), por lo que **su devolución es totalmente irrelevante a efectos de financiar el fondo común del Régimen de Prima Media...***. (negrillas propias).

Así las cosas, es completamente claro que Colpensiones tampoco sería el destinatario legítimo del pago realizado por dichos conceptos, comoquiera que el mismo está administrado por el Ministerio del Trabajo (entidad completamente ajena e independiente al Régimen de Prima Media) y como bien lo entendió la Sala, los conceptos en este fondo son obligatorios independiente del Régimen Pensional, por lo que lo jurídicamente preciso comportaría solicitar al Fondo de Solidaridad Pensional el pago de aportes para proceder a pagarlos a Colpensiones, y posteriormente que Colpensiones procediera a cancelarlos nuevamente al Fondo de Solidaridad Pensional; otra cosa, implicaría un enriquecimiento sin causa de Colpensiones en contraprestación de un empobrecimiento injustificado de Protección S.A. por cuanto los aportes corresponden a un tercero completamente ajeno (Ministerio del Trabajo), al cual le es indiferente el Régimen Pensional del afiliado en cuestión para efectos del aporte al Fondo de Solidaridad Pensional.”

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Para iniciar; señores magistrados es importante hablar acerca de la inoponibilidad (mecanismo protector), entendida como la ineficacia de un acto o la ineficacia de una nulidad frente a terceros. Es decir, que la ineficacia o nulidad, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso Colpensiones, a la par que la figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de Colpensiones se consolida por 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.

De la misma manera, la Sala de Casación Civil, ha definido la inoponibilidad como aquella que “valora la confianza razonable de los terceros de buena fe en aquellos negocios que se presentan objetivamente como válidamente celebrados”, raciocinio, que a su vez se deriva del principio de relatividad de los negocios jurídicos, es decir, que solo se producen efectos respecto de quienes voluntariamente participan de aquél.

Precisamente, la jurisprudencia en la especialidad civil, indica que la inoponibilidad no requiere de la validez del negocio jurídico, muy por el contrario, algo que es ineficaz entre las partes (como en este caso la afiliación al RAIS), si se tenga como eficaz frente al tercero de buena fe (en este caso Colpensiones). Así se ha dicho que: “cuyo caso no le interesa que no lo alcancen los efectos de un negocio válido e incontrovertible entre las partes, sino todo lo contrario, esto es que se tenga como válido frente a su calidad de tercero un negocio jurídico que carece de eficacia entre los celebrantes”. Es decir, que la inoponibilidad en este caso frente a un negocio jurídico ineficaz, permite que sus efectos se mantengan ante un tercero de buena fe, o en otras palabras para el caso concreto, que se mantengan los efectos de la afiliación al RAIS frente a Colpensiones.

RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD

SOCIAL: Resulta también relevante indicar, que las entidades de Seguridad Social no solo se sujetan a la responsabilidad propia de los contratos de aseguramiento, sino que se ciñen a obligaciones de índole constitucional que trascienden como administradoras de un servicio público de seguridad social. En este caso, la responsabilidad de las AFP por la 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 RPM 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 operancia de la inoponibilidad.

SUGERIR UN JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN *Toda vez*

que la decisión judicial de declarar la ineficacia de traslado, repercute, en que se crea de manera injustificada y desproporcionada una 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 una 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).

Así pues, en caso de no aceptarse la tesis de la inoponibilidad, se debe evaluar por los jueces la proporcionalidad de la medida que se adopta con la ineficacia del traslado, y ponderar los bienes jurídicos en tensión, para adoptar otra medida, consistente en que sea la AFP quien asuma las cargas económica, o que los dineros que se trasladen al RAIS, los devuelva conforme a un estudio actuarial que determine que con ellos se cubre en su integridad la prestación en los términos actuariales previstos para el RPM. (ii) Se pone en riesgo el derecho a la seguridad social de un mayor número de afiliados y pensionados, por estas y otras razones solicito se absuelva a Colpensiones de las pretensiones de la demanda.

En caso de salir adelante las pretensiones de la parte demandante solicito se devuelvan todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, tales como cuotas de administración, rendimientos y utilidades entre otros.

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 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 COLPENSIONES se consultará la sentencia en favor la

misma 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 lo 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.

Es así como, en el presente asunto, está probado, que el actor, estando afiliado al régimen público administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según se observa en la historia laboral emitida por COLPENSIONES que milita a folios 58 y 59 del plenario (Documento 06 del expediente digital) se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 26 de septiembre de 1994, con efectividad al 1° de octubre de 1994 como se advierte en certificado SIAFP que milita a folio 50 del expediente (Documento 08 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 1° de abril de 1994 con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que PROTECCIÓN S.A. en el año 1994 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 el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:27:30 del video de la audiencia de conciliación y trámite (documento 15 del expediente digital), no se advierte que, este haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos

que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo señaló el *a quo*, y contrario a lo mencionado por el apoderado de COLPENSIONES en su recurso de alzada, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa 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 del *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por ISS hoy COLPENSIONES 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 el *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, la devolución que debe realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES deberá incluir la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional del actor, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización del demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”*.

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias *SL4964-2018*, *SL4989-2018*, *SL1421-2019* y *SL1688-2019*, en la que precisó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación 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 necesarias para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deba asumir con su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Ahora, en lo que concierne al aspecto de los alegatos de PROTECCIÓN S.A., sobre la posible orden de devolución del porcentaje del reaseguro de Fogafín, que se pueda preferir en esta instancia, es preciso indicar que sobre el reaseguro Fogafín, se refiere

el Art. 7 de la Ley 797 de 2003, que modificó el original Art. 20 de la Ley 100 de 1993, que dispuso en su Inc. 3 lo siguiente:

“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al fondo de garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, **la prima de reaseguros de Fogafin**, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.” (negrilla agregada)

Así que, el artículo 99 de la original Ley 100 de 1993, dispuso que fueran las administradoras y aseguradoras quienes la cubrieran con sus propios recursos, sin embargo, la ley 797 de 2003 es posterior y podría interpretarse como modificatoria del 99 de la original Ley 100 de 1993, lo que pudiera llevar a concluir que el reaseguro FOGAFIN al menos hasta cuando estuvo vigente respecto de los Fondos de Pensiones, se tenía como un porcentaje que se debía pagar del 3% de la cotización, destinada a financiar “los gastos de administración, **la prima de reaseguros de Fogafin**, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.” Como expresamente lo estableció el citado Art. 7 de la ley 797 de 2003 y en tal sentido no se entendería como un seguro que pagaban las Administraras de Pensiones, de su propio patrimonio, sino con cargo al porcentaje de 3% antes citado y por ello la orden de devolución de la cotización debe incluir el porcentaje del reaseguro Fogafín, al menos mientras hubo la obligación de tomar el mismo, pues se repite se pagaba con cargo al citado 3% a que hace mención el Art. 7 de la ley 797 de 2003

De otra parte, la obligación de la garantía de FOGAFÍN, fue eliminada para las Administradoras de Cesantías y a las de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por virtud de lo dispuesto en el Art. 163 de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, sin embargo la orden que se pueda proferir en una sentencia de devolución del porcentaje del reaseguro FOGAFÍN, debe entenderse que es el evento que dicha garantía o reaseguro hubiera podido ser cubierta con la cotización de la afiliada durante el tiempo que estuvo vinculada al RAIS y mientras estuvo vigente dicha obligación para las administradoras de pensiones del RAIS, sin que la orden de devolución de la cotización en ningún caso supere el 100% de la misma. Por manera que, si de la cotización del actor no se efectuó en alguna época, o en todo el tiempo de la afiliación, ningún descuento para cubrir el reaseguro o garantía de Fogafín, no tendría por qué hacer devolución alguna de este concepto, por lo que, en todo caso, la devolución, es solo del 100% de la cotización, sin descuento de ninguna índole.

En el caso del demandante, nótese que como ya se indicó, se afilió a PROTECCIÓN S.A. el 26 de septiembre de 1994, con efectividad al 1° de octubre de 1994, y, por lo que respecto del reaseguro Fogafín, se debe aplicar las preceptivas de la original Ley 100 de 1993, la modificación de Art. 7 de la ley 797 de 2003 y desde el 16 de junio de 2011 lo preceptuado en el Art. 163 de la Ley 1450 de este mismo año, por lo que no le asiste razón al apoderado de PROTECCIÓN S.A, sobre que no se profiera orden de reintegro del porcentaje del reaseguro Fogafín, pues durante el tiempo que estuvo vigente, tenía relación con la cotización que pagaba el afiliado, pues finalmente de su importe se realizaba el pago, independientemente que la Administradora de Pensiones, entendiera que era de su participación en la cotización de la denominada cuota de administración.

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

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

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por haber salido vencido en el recurso de apelación interpuesto. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

7. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia del 08 de septiembre de 2022 proferida por el JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **ÁLVARO DE**

JESÚS HERNÁNDEZ MARTÍNEZ contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** en el sentido que PROTECCIÓN S.A., debe devolver a COLPENSIONES la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional del actor, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafin (en los términos explicados en la parte motiva), y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

En lo demás se CONFIRMA la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES en favor del demandante. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **624601ef2ef7e53312f86921c5ca108dd7650274a8552250711098c012abb5c8**

Documento generado en 26/05/2023 01:01:37 PM

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