

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintinueve (29) de septiembre 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 ARTURO VÁSQUEZ ARBOLEDA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado **No. 05001-31-05-003-2020-00258-01**.

AUTO

De conformidad con la escritura pública, allegada 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. en este proceso como apoderada sustituta.

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

1. ANTECEDENTES:

El demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la nulidad o 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, y como consecuencia de ello, se condene a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la pensión de vejez, una vez cumpla los requisitos legales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata el actor, que nació el 24 de febrero de 1961, y que estuvo afiliado en el RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES hasta el 21 de julio de 1994, y que posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A.

Expone que el asesor de PROTECCIÓN S.A. lo convenció de trasladarse con mentiras, pues no le explicó su verdadera situación pensional, al no hacerle énfasis sobre el derecho que le asistía, pues no le indicó las consecuencias de dicho traslado para adquirir en un futuro su derecho a la pensión de vejez; ni que en el RPM los requisitos para acceder a la pensión de vejez, eran menos gravosos, además de no darle a conocer las desventajas de dicho traslado de régimen, aduce que el asesor le aseguro que podía acceder a la prestación económica de pensión de vejez, sin tener en cuenta la edad y que podía acceder a una mesada pensional más alta que la que llegare a adquirir en el RPM, induciéndolo en error.

Indica que solicitó a COLPENSIONES su traslado de régimen, a lo cual dicha entidad responde que no era posible efectuar dicho traslado.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, pero declarando la ineficacia por inaplicación constitucional del acto jurídico a través del cual el demandante se trasladó del RPM al RAIS, declarando que la AFP PROTECCIÓN S.A. faltó a su obligación de dar información clara, veraz, oportuna y suficiente al demandante y que dicha falta de información le causó un daño grave al demandante en su acceso real y efectivo a la seguridad social, siendo entonces la AFP PROTECCIÓN S.A. la responsable del daño causado al demandante, por lo que el demandante se encuentra en el RPM pero a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A.

Seguidamente el juez, declaró que el demandante tiene derecho a la pensión de vejez base en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 y, en consecuencia, condenó a PROTECCIÓN S.A. a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez bajo las condiciones del RPM, dentro del mes siguiente a la fecha en que este lo solicite por escrito, adjuntando el certificado de retiro laboral, señalando además que, dentro del mes siguiente al reconocimiento y pago de la pensión, PROTECCIÓN S.A. deberá solicitar a COLPENSIONES la elaboración del cálculo actuarial pensional con miras a la subrogación pensional, el cual deberá liquidar COLPENSIONES e informar su valor a PROTECCIÓN S.A. dentro de los dos meses siguientes a la solicitud, debiendo ser

cancelado dicho cálculo por PROTECCIÓN S.A., y a partir del momento en que se pague dicho cálculo actuarial COLPENSIONES asumirá el pago de la prestación.

Así mismo ordenó a PROTECCIÓN S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES, continúa obligada a pagar la pensión de vejez bajo el RPM al demandante, igualmente COLPENSIONES subrogará pensional a PROTECCIÓN S.A. desde el momento y hora que dicha entidad pague real y efectivamente a COLPENSIONES el valor cálculo actuarial.

Autorizó a PROTECCIÓN S.A. a enjugar parte del valor del cálculo actuarial pensional ordenado pagar a COLPENSIONES, tomando para si los ahorros pensionales del demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquiera otra suma de dinero adicional.

Declaró que COLPENSIONES es un tercero en el acto jurídico de traslado del RPM al RAIS y en consecuencia absolvió a dicha entidad de todas las pretensiones incoadas por la parte demandante, sin perjuicio de las órdenes que se le dieron.

Finalmente declaró no prosperadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A. a favor del demandante.

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 a la actora una información clara, veraz y oportuna al momento del traslado, y si bien en el proceso se encuentran formularios de afiliación, estos son preformatos que contienen una leyenda interior que no demuestran que se ha hecho el traslado de manera libre y voluntaria, por lo que declaró la ineficacia de la afiliación pero indicó que la consecuencia de esta ineficacia no es la afiliación al RPM porque ya está prohibida al faltarle al demandante menos de 10 años para pensionarse, por lo tanto la pensión de vejez estará a cargo del fondo privado.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por los apoderados de PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES.

APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. apela la sentencia de primera instancia en su totalidad, argumentando que la condena no se ajusta al precedente jurisprudencial frente a la materia convocada, pues de conformidad con el precedente jurisprudencial de la CSJ Sala Laboral, la consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen es que las cosas deben volver a la situación en la que se encontraban antes del traslado, y ello implica que el demandante se conserve válidamente afiliado al RPM y que PROTECCIÓN S.A. deba proceder con la devolución de la totalidad de los aportes que hubiere recibido durante la vigencia de la afiliación al RAIS, por ende condenar a PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento de la pensión de vejez del demandante bajo los parámetros del RPM y posteriormente la subrogación pensional de la misma por parte de COLPENSIONES pasándole a título pensional, por lo que considera el juez de instancia no es un efecto propio de la ineficacia, vulnerándose así lo que ha establecido

la CSJ en su precedente, en sentencias como la SL 31989 de 2008, la SL 31314 de 2008, la SL 30083 de 2011, la SL 4622 de 2014 y la SL 4964 de 2019.

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

Expone que imponer dichas cargas a PROTECCIÓN S.A. resulta excesivo, ilegal e inconstitucional, ilegal porque se desconocería la naturaleza del RAIS, inconstitucional porque las normas del RAIS fueron declaradas exequibles mediante Sentencia C 086 de 2002, por otro lado, se violaría el principio de la sostenibilidad financiera establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, pues en el RPM la pensión de vejez se liquida de manera diferente al RAIS, además los requisitos de uno u otro no se pueden equiparar, ya que el tal caso la condena sería excesiva.

Manifiesta que frente a las facultades extra y ultrapetita, si bien es cierto que el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social otorga al juez dichas facultades, estas no le permiten al juez decidir caprichosamente, sino con base en hechos probados y debatidos en el proceso, así mismo que la súplica impetrada en el escrito inicial sea inferior a la norma individual y que el juicio no emerja en un mayor valor como se evidencia en el caso.

Finalmente solicita al Tribunal, revocar la sentencia en su totalidad y en su lugar se apliquen las consecuencias propias del precedente de la CSJ.

APELACIÓN COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES apela la sentencia parcialmente, solicitando que se revoquen los numerales 7 y 9, y en su lugar se de aplicación a la jurisprudencia de la CSJ, ordenando la devolución de los aportes debidamente indexados, conforme a la sentencia SL 39989 de 2008, así como la devolución de las cuotas de administración indexadas por parte de PROTECCIÓN S.A. teniendo en cuenta el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, las apoderadas de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES allegaron escritos de alegatos, en los que señalaron lo siguiente:

ALEGATOS DE PROTECCIÓN S.A.

La condena impuesta por el juez de primera instancia no se ajusta al precedente de la Corte Suprema de Justicia, en razón a que la consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen es que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes del traslado, ello implica que el demandante conserva válidamente su afiliación al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA y el fondo de pensiones debe proceder con la devolución a Colpensiones de la totalidad de los aportes que hubiese recibido durante la vigencia de la afiliación al RAIS.

Por lo tanto, CONDENAR A PROTECCION al reconocimiento de la pensión de vejez del demandante bajo los parámetros del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA y posterior subrogación de esta por parte de Colpensiones pasándole un título pensional no es un efecto propio de la ineficacia, y del precedente establecido por la CSJ sobre la presente materia.

Asimismo, en la demanda no se pretendió que mi representada pagara la pensión de vejez del demandante a título de responsabilidad profesional o perjuicios con lo cual el funcionario de primer grado está alterando sustancialmente el principio de congruencia y su decisión carece de sustento normativo, pues las condenas impuestas no tienen previsión legal, por tanto, no pueden ser impuestas a la parte que represento. En ese sentido, imponer dicha carga a Protección S.A, resulta excesivo, ilegal e inconstitucional.

Con respecto a la facultad extra y ultra petita, es importante mencionar que, si bien el Artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, le otorga al juez estas facultades, esto no le permiten decidir caprichosamente sino con base en hechos probados y debatidos dentro del proceso, para evitar violar el debido proceso y el derecho a la defensa de las partes. Así lo señaló la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL3614-2020.

En este orden de ideas, la indemnización de perjuicios ordenada por el A-QUO, no fue una situación presentada dentro de los hechos y pretensiones de la demanda, por ende, no se dio la oportunidad a mi representada de debatirlos al descorrer el traslado, por lo que consideró que el juez de primera instancia excedió las facultades que le

otorga el artículo 50 del código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al condenar Protección S.A. a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez bajo las reglas del RPM, y a trasladar a Colpensiones la suma de dinero o del cálculo actuarial pensional que permita financiar el pago de la pensión de vejez bajo el RPM.

Por lo tanto, en el evento de encontrar fundada la interpretación del juez de primera instancia, sobre el particular, se solicita a los honorable magistrados del Tribunal Superior de Medellín, tener en cuenta a que la acción de reparación de perjuicios se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción extintiva, ya que dichos perjuicios se encuentran prescritos al haber transcurrido más de 3 años, desde la celebración del acto jurídico de afiliación al Régimen de Ahorro Individual que tuvo lugar el 7 de junio de 1994, y la fecha de presentación de la demanda. Es importante tener en cuenta que si la conducta culposa está constituida por la omisión en él debe de información en la etapa precontractual al momento mismo de la afiliación al RAIS, es desde esa fecha que debe contarse el término de prescripción ya que desde dicha data se generó el presunto daño. En todo caso, es importante mencionar que con el precedente de la Corte Suprema de Justicia las AFP tienen invertida la carga de la prueba en lo atinente a probar el deber de información, pero no existe ningún precedente que indique que también está invertida la carga de la prueba en lo concerniente al tema de los perjuicios o con el reconocimiento de una pensión con base en las reglas de otro régimen, por lo tanto, si el despacho consideraba que debía invertirse la carga de la prueba frente a esta pretensión, debió haberlo señalado así dentro de la etapa procesal respectiva, para garantizar el derecho constitucional de defensa de Protección S.A., sin embargo, ello tampoco fue fijado por el juzgado...”

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Frente a la declaratoria de ineficacia de traslado del Señor JORGE ARTURO VASQUEZ ARBOLEDA, aunque el juzgador de primera instancia, señala que absuelve a COLPENSIONES de las pretensiones; es ésta quien en últimas asume las consecuencias de dicha declaratoria, pues debe asumir la carga de que se declare que la demandante continúa inmersa en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por esto le solicito respetuosamente al Honorable tener en cuenta los siguientes argumentos jurídicos con el fin de que no conceda la ineficacia de traslado.

El primero de ellos, va dirigido a que el retorno en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, faltando menos de 10 años para la edad de

pensión debe realizarse atendiendo: (i) las expectativas pensionales del afiliado y (ii) la sostenibilidad financiera.

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

El segundo argumento, va encaminado a que se tenga en cuenta la errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, pues dentro de los fallos relacionados con traslado de Régimen, la interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS; pero si obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante. Dicha apreciación quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez, que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causa el daño. Este aspecto no aplica en casos de traslado de régimen, dado que los potenciales pensionados, cuentan con el deber de asesorarse.

Frente a este punto debe tenerse presente el Decreto 2241 de 2010 el cual en su Artículo 4 señala los Deberes de los consumidores financieros del Sistema General de Pensiones y teniendo en cuenta dicha normativa existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el SILENCIO en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado. La única manera de desvirtuar esta regla legal es demostrando la preexistencia de una fuerza que hubiere viciado el consentimiento.

El tercer y último argumento sería la excepción estipulada en la Sentencia de unificación SU130/13, en la cual, la Corte Constitucional 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 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, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, pueden trasladarse “en cualquier tiempo”

del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición; es de aclarar que dicha excepción no aplica a la demandante del presente caso.

Ahora, en el hipotético caso que se decrete la ineficacia en el traslado de régimen, se solicita la devolución de todos los aportes efectuados por el demandante al RAIS debidamente indexados, lo anterior conforme a la sentencia de la CSJ 31989 del 9 de septiembre de 2008

Además de lo anterior, también se solicita la devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A, esto teniendo en cuenta que en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, como fuese modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, establece la distribución de los porcentajes de cotización de los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, indicando y para los efectos pertinentes, el hecho que un 3% del ingreso base de cotización será destinado “a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

Sobre la obligatoriedad de la devolución de los recursos previstos como cuotas de administración, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia reciente, con número de radicación 46292 expediente SL 17595 del 18 de octubre de 2017, Magistrado Ponente Fernando Castillo Cadena, ha sostenido: “La administradora de pensiones del régimen de ahorro individual tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor que fue anulada, con todos sus intereses y rendimientos que se hubieren causado.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación del demandante al régimen pensional de ahorro Individual con solidaridad debe declararse ineficaz y en caso afirmativo, en qué términos y condiciones, se debe realizar, el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por el demandante.

De confirmarse la decisión de declaratoria de ineficacia ante referida, se verificará si es procedente condena en contra de COLPENSIONES de reconocer y pagar pensión de vejez al demandante, y en caso afirmativo, los términos en qué dicha prestación debe ser otorgada.

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. y COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta última 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 del demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

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

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

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que el accionante, estando afiliado al RPM administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, según se advierte de la historia laboral emitida por la entidad como se observa a folio 1 a 4 (36RespuestaColpensiones), se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 21 de julio de 1994, con efectividad al 1° de agosto de 1994 como se acredita con certificado del SIAFP que milita a folio 48 del archivo digital (08ContestacionProteccion003202000258).

De otra parte, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1° de abril de 1994 con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 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, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:06:06 del video que reposa en el archivo (48ActaSentencia), sin que se advierta 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, para probar dicha asesoría, como bien lo manifestó el *a quo* en sus consideraciones, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se prueba 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 como ya se ha dicho en esta sentencia, no se probó por parte PROTECCIÓN S.A. siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada.

En ilación con lo anterior, es evidente que, como lo concluyó el fallador de primera instancia, la demandada PROTECCIÓN S.A. no le brindó al demandante o por lo menos no probó, haberle otorgado, la debida asesoría para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional en el año 1994 que se produjo el citado traslado, por lo que, en sede de instancia se declarará la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PROTECCIÓN S.A., pero no como consecuencia de la inaplicación constitucional del acto jurídico de traslado, sino debido a que dicho acto nunca nació a la vida jurídica dado que adolece del consentimiento debidamente informado que debía tener el demandante al momento de suscribirlo conforme lo establece el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, frente a la orden dada a PROTECCIÓN S.A., de reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante de conformidad con las normas que regulan la pensión en el RPM, y además de pagar a COLPENSIONES el cálculo actuarial para subrogarse en dicha entidad, debe señalar la Sala que al declararse la ineficacia del traslado, contrario a lo argumentado y concluido por el *a quo*, la consecuencia jurídica no puede ser la subrogación del riesgo de PROTECCIÓN S.A. en COLPENSIONES a través de un cálculo actuarial, sino que el acto de vinculación al régimen de ahorro individual no produjo ningún efecto, lo que conlleva a la reactivación de la afiliación del demandante en el RPM, con la consecuente devolución a COLPENSIONES, actual administrador de este régimen, por parte de PROTECCIÓN S.A. de todos los valores existentes en

la cuenta de ahorro individual del demandante, 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 durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, 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, ya que será Colpensiones la entidad que reconocerá el derecho prestacional, en caso de que se consolide en cabeza del accionante.

Al respecto 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.

Al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como

consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Conforme lo expuesto en precedencia, si bien no le asiste razón a los apelantes, que alegan la improcedencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional del actora, sí les acompaña la razón en lo concerniente que los efectos jurídicos de la declaratoria de ineficacia, no podrían ser los establecidos por el *a quo*, encontrándose que, en la sentencia de primera instancia se ordenó pagar en el RAIS una pensión bajo las reglas del RPM lo que no había sido peticionado en la demanda, pues la consecuencia de la ineficacia del traslado del actor al RAIS, debe ser que regresa al RPM administrado por COLPENSIONES al que se encontraba afiliado antes de su traslado al RAIS.

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

Ahora, respecto de la solicitud que se ordene la devolución de aportes debidamente indexada, tal solicitud no es procedente por cuanto estos rubros ninguna depreciación sufrieron por haber generado sus intereses y tampoco se ha alegado ni probado que la suma estos conceptos sean inferiores al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media.

En cuanto a la indexación de las cuotas de administración, asunto apelado por la apoderada del demandante, la jurisprudencia de la CSJ de la que se citan las sentencias SL1688 de 2019 SL 2932 de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021, la CSJ ha ordenó que las cuotas de administración fueran devueltas indexadas, le asiste razón a la apoderada de COLPENSIONES en este aspecto, de la apelación, por lo que se ordenará en esta instancia, que las referidas cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir, el porcentaje de la cotización que no consignó en la cuenta de ahorro pensional de la actora, sean devueltas indexadas.

Respecto de la afirmación que realiza la apoderada de COLPENSIONES en sus alegatos sobre la imposibilidad legal de traslado de régimen, derivada de la restricción temporal impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende el demandante, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

De otra parte, se afirma en los alegatos 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, por la inexistencia de equivalencia entre los valores recibidos y los valores requeridos para el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez del 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.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas; se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la Corte Suprema de Justicia, 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 SCL de la CSJ en la sentencia SL1689-2019.

DE LA PRETENSIÓN DE LA CONDENA AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A CARGO DE COLPENSIONES:

En cuanto a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, debe señalarse primeramente que, habiéndose declarado la ineficacia del traslado del accionante al RAIS, el derecho que tenga a la prestación de vejez, debe analizarse con los requisitos legales consagrados en el artículo 33 de la

Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la ley 797 de 2003, por no ser este beneficiario de la transición del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Aquellas normas legales exigen como requisitos para obtener la citada prestación, 62 años de edad en el caso de los hombres y 1300 semanas cotizadas a partir del año 2015.

En este caso, el señor VÁSQUEZ ARBOLEDA, al haber nacido el 24 de febrero de 1961, como se prueba con la copia de su cédula de ciudadanía que milita a folio 1 del expediente (03Anexos00320200258), arribó a la edad mínima pensional de 62 años el mismo día y mes del año 2023, y además cuenta actualmente con más de **1.300 semanas cotizadas** según la historia laboral actualizada al 30 de noviembre de 2018 aportada por PROTECCIÓN S.A., visible a folios 61 a 71 del expediente, en la que registra 1767,71 semanas cotizadas (03Anexos00320200258) motivo por el cual, reúne a cabalidad los requisitos legales establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez.

El disfrute de la prestación tendrá lugar a partir del día siguiente al que el demandante acredite ante Colpensiones su desafiliación del sistema pensional bien sea tácitamente desde su última cotización, o con el retiro expreso, como lo establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el que estipula lo siguiente:

“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo,” (subrayado agregado)

En consecuencia, se revocará en esta instancia igualmente el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de PROTECCIÓN S.A. y se condenará a COLPENSIONES a reconocer y a pagar al demandante dicha prestación, en los términos antes indicados, pensión que deberá ser liquidada por COLPENSIONES de conformidad con lo dispuestos en los artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, y será reconocida en el número de 13 mesadas pensionales al año de conformidad con lo establecido en el Acto Legislativo 001 de 2005, dado que la prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011.

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

Sin costas en esta instancia por haber prosperado para cada uno de los apelantes parcialmente el recurso interpuesto. Las costas de primera instancia corren a cargo de PROTECCIÓN S.A., las que serán fijadas por el *a quo*.

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: REVOCAR la sentencia del 07 de marzo de 2022 proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **JORGE ARTURO VÁSQUEZ ARBOLEDA** contra **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**, salvo en cuanto condenó en costas a PROTECCIÓN S.A., para en su lugar:

- **DECLARAR**, la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor al RAIS, realizado a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, el actor, regresa al régimen pensional de prima media de COLPENSIONES, sin solución de continuidad.
- **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses; así como indexado, el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional del demandante.
- **ORDENAR** a COLPENSIONES, a reactivar la afiliación del demandante **JORGE ARTURO VÁSQUEZ ARBOLEDA** al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, y además a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído, e incluir las cotizaciones realizadas por el actor al RAIS, en su historia laboral de COLPENSIONES.

- **CONDENAR** a COLPENSIONES dentro de los cuatro meses siguientes a que reciba de PROTECCIÓN S.A., la devolución de las cotizaciones a COLPENSIONES, en la forma ya indicada, a reconocer y pagar al demandante JORGE ARTURO VÁSQUEZ ARBOLEDA, la pensión de vejez bajo las preceptivas del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del momento en que acredite su desafiliación expresa o tácita del sistema general de pensiones, en el número de 13 mesadas pensionales al año, la que deberá liquidar en su momento de conformidad con lo dispuestos en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.
- **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: Las costas de primera instancia corren a favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A., las que serán fijadas por el *a quo*.

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: **0296e135f1cf4d10fde8cbcd54fa0ca52bfa18fc6622ed5c41ab3c01360563e5**

Documento generado en 29/09/2023 09:53:35 AM

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