

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El catorce (14) diciembre de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARTHA CECILIA OSPINA FLÓREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y **LA ADMINISTRADORA DE. PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-012-2023-00063-01**.

AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de ISABEL CRISTINA GONZÁLEZ RESTREPO, quien representa judicialmente los intereses de COLPENSIONES en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada Sandra Milena Naranjo Salazar C.C. N° 39175420 de Medellín T.P. N° 225677 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLPENSIONES en este proceso como apoderada sustituta.

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

1. ANTECEDENTES:

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

Consecuencialmente, solicita que se condene a la sociedad PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos y cada uno de los aportes que recibió de la demandante y/o sus empleadores, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración u otro concepto ajeno al régimen de prima media, y se ordene a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante y recibir las sumas provenientes de PROTECCIÓN S.A.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora, que nació el día 28 de marzo de 1967, que inicialmente estuvo afiliada al RPM en el antiguo Instituto de Seguros Sociales ISS administrado hoy por Colpensiones, y que posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A.

Expone que el fondo privado demandado no le suministró a la demandante ningún tipo de información respecto de las incidencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual, que el fondo privado demandado en ningún momento le suministró a la demandante la información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las consecuencias del traslado del régimen que le permitiera tomar una decisión consciente, conociendo las desventajas que acarrearía tal traslado.

Señala que, nunca se le explicó al momento del traslado cómo se liquidaba el monto de la pensión en el Régimen de Prima Media administrado en su momento por el I.S.S. y cómo se liquidaba en el Régimen de Ahorro Individual.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante del RAIS al RPM.

Seguidamente ordenó a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES, el monto del capital ahorrado por la demandante desde el 01 de octubre de 1994, hasta el momento en que se haga el traslado efectivo del capital con sus respectivos rendimientos financieros, devolviendo, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1.746 del C.C., así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora que se hubiesen podido generar por el período durante el cual el accionante ha permanecido afiliado a dicho Fondo.

Sumas que deberán ser debidamente indexadas por la AFP demandada al momento de su depósito efectivo en Colpensiones, por tratarse de sumas de dinero que han sido depreciadas en su valor con el paso del tiempo. Si la sumatoria de todos los conceptos que se ordena trasladar, resultare inferior 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, será la referida AFP quien asuma la diferencia que resultare, en proporción al período durante el cual el demandante permaneció afiliado a esta administradora.

Se ordena a PROTECCIÓN S.A., entregar a COLPENSIONES, dichas sumas de dinero dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 692 de 1994.

Seguidamente, ordenó a COLPENSIONES, recibir de PROTECCIÓN, los valores aludidos, y a incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante, imputados a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fue aportado, las que habrán de tenerse como válidas para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional.

Para fulminar condena, la juez de instancia indicó que corresponde al fondo privado brindar una debida asesoría, lo cual es una obligación insoslayable porque hace parte de la esencia del acto jurídico de traslado, relacionado con la validez y efectos jurídicos que pueda producir; existiendo al respecto toda una línea jurisprudencial decantada de la Corte Suprema de Justicia. Además, el formulario de afiliación no denota un proceso serio, cabal y absoluto en el suministro de la información, debiendo existir un proceso real y material de esta obligación.

En la misma línea los art 13 y 271 de ley 100 de 1993 señala que la inscripción a uno u otro régimen es un acto libre y voluntario que corresponde a cada afiliado, libertad que no puede ser limitada por ninguna persona, so pena de sanciones pecuniarias, además de entenderse que la afiliación respectiva quedará sin efectos, y podrá hacerse de nuevo de forma libre y espontánea por parte del trabajador. Lo anterior cobra relevancia en el análisis de la expresión de voluntad de la promotora de la litis al trasladarse entre regímenes con especial énfasis en las actuaciones desplegadas por la AFP que ofrece el traslado la cual debe brindar asesoría suficiente aplicando riesgos y beneficios del traslado. Ello para que la decisión este bien informada sea autónoma y consiente.

Adicionalmente ha sostenido la jurisprudencia que en asuntos donde se controvierte la eficacia de regímenes pensionales se produce una inversión de la carga de la prueba, en el sentido que la demostración del consentimiento informado es el que tiene la virtud de generar convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez. De manera que como el afiliado no puede demostrar que no recibió la información le corresponde a su contra parte, el fondo de pensiones, demostrar que sí la brindó y que lo hizo en el momento en que se aceptó el traslado de régimen.

Finalmente, declaró infundadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a la demandada PROTECCIÓN en favor de la parte demandante. Se fijan las agencias en derecho en esta instancia en la suma de \$1.160.000.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de COLPENSIONES, apela la sentencia argumentando que la descapitalización del sistema pensional analizada y abordada de una manera diferente y como está impactando este tipo de condena a la entidad pública teniendo en cuenta la sentencia C 242 de 2009 y el art 7 de ley 100 de 1993. Se puede evidenciar que se impacta el sistema financiero el traslado del régimen de los aportes realizados del RPM al RAIS, si al respecto el término estipulado en la ley es que la distribución es distintita teniendo en cuenta las características del RAIS ya que el RPM se utiliza para asegurar pensiones sin mirar los riesgos que existen en el RAIS por lo cual, Colpensiones daría la utilización del aporte conforme a lo que conviene al régimen.

Si bien los últimos años, ha habido una disminución de las transferencias efectuadas por la Nación a Colpensiones para el financiamiento de las prestaciones económicas como consecuencia directa de la gestión financiera realizada por la entidad a no ser que para el año 2008 este Estado pago el 33% de la nómina de Colpensiones por lo tanto los recursos disponibles resultaron insuficientes para la misma.

La constitución en art 1 establece que Colombia, es un estado social de derecho organizado en forma de república unitaria descentralizada, que el acto legislativo 03 de 2011 integro a la constitución política el principio de sostenibilidad financiera y fiscal como criterio de orientación de los diferentes órganos del poder público de Colombia con el objeto de garantizar el financiamiento de bienes y servicios brindados por el Estado en el cumplimiento frente a la deuda pública, reducir el nivel de endeudamiento y de gastos públicos y aportar medidas económicas en procura de propiciar la sostenibilidad económica.

Los costos entendidos por los gastos ocasionados para Colpensiones se visualizan en los valores de los recursos de sistema pensional que utiliza la administración para subsidiar las pensiones que se den con la declaración de nulidad o ineficacia de afiliación, está impactando significativamente en la estabilidad financiera del sistema general de pensiones cuya protección se dispuso en el acto legislativo 01 de 2005.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para presentar alegatos de conclusión, la apoderada judicial de COLPENSIONES presentó escrito anotando resumidamente de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, modificadorio del artículo 13, literal e de la Ley 100 de 1993, se señaló que “los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

CONCEPTO DE INEFICACIA.

En materia legal y jurisprudencial dicho concepto se encuentra relacionado con los efectos jurídicos de existencia y validez que pueda generar un acto o negocio jurídico previamente establecido, por tanto, se manejan dos definiciones en sentido estricto e ineficacia en sentido amplio:

“La ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido.”

“Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad” (C345/2017).

Como conclusión sobre estos conceptos, se evidencia que por su naturaleza no son equiparables entre sí; por cuanto el primero, la nulidad, se traduce simplemente en que

el vínculo jurídico nunca nació a la vida jurídica y la ineficacia hace referencia a la legalidad del acto de la vinculación y sus efectos hacia el futuro una vez sea.

En lo referente al traslado de régimen pensional, la facultad de migrar de un régimen pensional a otro surge por disposición del artículo 13, literal e de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

El análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; por ello, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Ahora y teniendo en cuenta los fallos que a propósito del tema objeto de litigio se han venido profiriendo, se solicita con todo respeto considerar lo indicado por la H. Corte Constitucional en sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, donde manifestó que nadie puede resultar beneficiado 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.

Adicionalmente, se recordó que, “el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato”. Por lo tanto, el derecho a trasladarse NO es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales, dado que desconocer el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones (Art. 48 C.P. adicionado por el art. 1 del Acto Legislativo 01 de 2005) al declarar la ineficacia del traslado de un afiliado del RPMPD al RAIS, pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados; así lo reconoció la Corte Constitucional en providencia T 489/2010, por ello, solicito respetuosamente se absuelva a mí representada de las peticiones plasmadas en la demanda.

Finalmente y sólo en el hipotético caso de que la decisión del Honorable magistrado este orientada a confirmar la sentencia proferida en primer grado, solicito que el fallo

proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín sea adicionado ordenándose a **Protección S.A.** devolver a Colpensiones los conceptos que paso a mencionar, ello en consideración a que al declararse la Ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dichas afiliaciones pierden su fuerza vinculante; por lo que es legítimo que la referida administradora traslade con destino a mi representada el 100% de los aportes obligatorios efectuados por la afiliada, esto es, se ordene el traslado de las sumas correspondientes al saldo de la cuenta de ahorro individual, los gastos o cuotas de administración, los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los seguros previsionales, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguro de Fogafín, frutos e intereses y los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional causados durante el tiempo en que la señora MARTHA CECILIA OSPINA FLÓREZ estuvo afiliada a la Administradora del RAIS debidamente indexadas para que con ello, se evite causar cualquier tipo de perjuicio o detrimento económico a la entidad que represento frente a un eventual reconocimiento prestacional a favor de la demandante, por ello, se requiere que los dineros trasladados sean totales y suficientes para soportar el financiamiento de una pensión y en ese caso, no se debería permitir a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías demandada guardar o tener en su haber económico algún concepto relacionado con la administración de los recursos ahorrados por la hoy demandante pues tales devoluciones independientemente de que la administración se haya realizado de buena fe, son consecuencia de la declaratoria de ineficacia.

Por último, solicito de forma comedida emitir una orden expresa a Protección S.A., para que, en ejercicio de devolución de aportes pensionales y demás, se sirva discriminar de forma detallada cada uno de los conceptos que está trasladando a la Administradora del Régimen de Prima Media, por lo que, solicito además que tal petición adicional no suponga condena en costas a mi representada toda vez que de encontrarse posible desmedro en las expectativas pensionales de la parte actora, no ha sido Colpensiones la causante de tales, por ello y pese a que eventualmente se está en acuerdo en la Ineficacia declarada, ésta debe estar acompañada de la orden de devolución de los conceptos mencionados en este escrito, pues las solicitudes que se realizan no obedecen a una petición o comportamiento caprichoso de mi representada, contrario a ello, se hacen con la firme intención de evitar un desfinanciamiento paulatino del Régimen de Prima Media.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante.

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 de esta entidad por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado 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 de traslado de régimen pensional, las que se resumen de la siguiente manera:

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

En el presente asunto, está probado, que la actora, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral emitida por COLPENSIONES visible a folios 325 a 327 del expediente (documento 11 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 16 de noviembre de 1995, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 47 del expediente (documento 06 del expediente digital).

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1995 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 00:8:17 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 12 del expediente digital), no se advierte que esta haya confesado que los asesores de la AFP PROTECCIÓN S.A. le hubiesen brindado la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no manifiesta que 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, aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo señaló la *a quo*, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probaron las AFP, siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1995 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por el 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*, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, pero no es un tanto desordenada, por lo que se precisará en esta instancia, que la devolución que debe realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES deberá incluir la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actor, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como indexados, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín 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 contrario a lo manifestado por la apoderada de COLFONDOS S.A. en su recurso de alzada, 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 hubiesen recibido las AFP demandada como cotizaciones 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 dlla actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba la actora antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Asimismo, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de las AFP 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 deban asumir con su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

De otra parte, se afirma en la apelación de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS, y la reactivación la afiliación al RPM, atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano establecida en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Costas, 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, principio al que quien se debe someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

Pero es más, eventualmente pudiera suceder que un afiliado al RPM, fallezca sin que tengan beneficiarios que legalmente puedan acceder a las prestaciones de sobrevivientes, caso en el cual los dineros de sus cotizaciones, quedan en el fondo común de COLPENSIONES. También puede suceder que el afiliado no alcance a obtener la pensión de vejez, sino la indemnización sustitutiva, la que es evidentemente inferior al monto de las cotizaciones con sus rendimientos. Igualmente puede suceder

que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, y los dineros con los que contribuyó al fondo común no se hayan agotado, caso en el cual el saldo no utilizado queda perteneciendo al fondo común, lo que no pasa en el RAIS, pues los dineros deben ser entregados a los herederos.

En lo que tiene que ver con la orden del *a quo*, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor del actor, tal decisión resulta desacertada, 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 se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada. Respecto del importe de bono pensional distinto al tipo A, sí debe ser entregado a COLPENSIONES.

Finalmente en lo concerniente al pedido en los alegatos de COLPENSIONES, que en caso de que el Tribunal confirme la sentencia de primera instancia, se adicione, en cuanto a que al momento de cumplirse la orden de devolución de los conceptos que se ordenan reintegrar a PROTECCIÓN S.A., deben aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique, dicha solicitud es procedente pues, en la Sentencia SL3871-2021, Radicación n.º 88720 del 25 de agosto de 2021, la Corte ordenó: ***“TERCERO: Condenar a Porvenir a devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.”*** Por lo que se declarará que las devoluciones que se ordenan a PROTECCIÓN S.A. a realizar COLPENSIONES, se efectúen con la discriminación antes citada.

Para finalizar, 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 Y PRECISADA en los términos anteriormente expuestos.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por haber sido vencidas en el recurso de apelación. 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: CONFIRMAR la sentencia del 19 de julio de 2023 proferida por el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARTHA CECILIA OSPINA FLÓREZ** contra **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** PRECISANDO que, PROTECCIÓN S.A., debe devolver a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación de la actora, sin descuento de ninguna índole, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, con sus intereses o rendimientos, indexando el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional del demandante.

Los conceptos que se ordenan a PROTECCIÓN S.A., devolver a COLPENSIONES, deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Igualmente, se MODIFICA el fallo de primer grado, ordenando, que, si 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, y no a COLPENSIONES. Respecto del importe de bono pensional distinto al tipo A, a cargo del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, se confirma que debe ser entregado a COLPENSIONES.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. 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: **4fffa14b58e880f79bf90f4ca919d3d78e323b73b08e3ea0ad3b5711c0dc16ea**

Documento generado en 14/12/2023 10:01:13 AM

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