

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El ocho (08) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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 **LUIS FERNANDO HERNÁNDEZ LÓPEZ** 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. **05001-31-05-025-2021-00484-01**.

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

1. ANTECEDENTES:

El demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia y/o nulidad de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata el actor que nació el día 15 de noviembre de 1961, y que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, realizó cotizaciones en el sector privado, público y como independiente.

Señala que, el fondo privado ante el afán de captar afiliados, por medio de un asesor lo abordó dándole una deficiente e incompleta asesoría, pues no le brindó explicación de su situación pensional, ni le presentó una proyección pensional, ni le dio a conocer las desventajas de un traslado de régimen pensional, ni le analizó de manera puntual su caso, lo que implica una deficiente e incompleta asesoría, dándose su traslado al fondo privado el 10 de agosto de 1995.

Expone que La AFP demandada, en ningún caso le hizo la advertencia sobre los riesgos que se generaban por trasladarse al RAIS, ni mucho menos le explicaron qué era un fondo de pensiones, tampoco le advirtieron que la pensión podría ser inferior al régimen de prima media con prestación definida, ni se le informó o advirtió que en el RAIS eventualmente no se pensionaría si no tenía el capital suficiente que le permitiera sufragar una pensión igual o superior a la del régimen de prima media con prestación definida. Nunca se le informó, explicó ni advirtió que para efectos de calcular la pensión de vejez en este régimen está sometida a una serie de variables, tales como expectativa de vida, estado civil, si tiene hijos, las fluctuaciones del mercado financiero, las decisiones gubernamentales, mucho menos se le dijo que el asumía las consecuencias negativas del mercado financiero en su cuenta de ahorro individual y por ende en su eventual pensión.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por el demandante y entender que, para todos los efectos legales, nunca se trasladó y por tanto siempre permaneció en el RPM, hoy administrado por Colpensiones.

En consecuencia condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A., a que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, traslade todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones completas y los rendimientos financieros, y a reembolsar los descuentos que realizó para el fondo de garantía de pensión mínima, prima de reaseguro de Fogafín, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora que se hubiesen podido generar desde el 1 de agosto de 1995 y hasta el momento en que se haga el traslado efectivo de estos recursos.

Asimismo, las sumas a reembolsar por concepto de descuentos deberán trasladarse por la administradora de fondo de pensiones debidamente indexadas, con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deben aparecer discriminados con valores, detalle pormenorizado de ciclos, IBC, aportes y demás información relevante, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

Seguidamente ordenó a COLPENSIONES, a recibir de PROTECCIÓN S.A. los valores aludidos en el numeral anterior, e incorporarlos como aportes pensionales efectivos en la historia laboral del demandante.

Para fulminar condena, la juez 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, ha sostenido la jurisprudencia que los asuntos en los cuales se controvierte la eficacia del traslado en los regímenes pensionales, se produce una inversión de la carga de la prueba, en el sentido en que la demostración del consentimiento informado tiene la virtud de generar la convicción de que ese acto de afiliación goza de plena validez.

De manera que como el afiliado no puede acreditar que no recibió información corresponde a su contra parte, el fondo de pensiones, debe demostrar que sí la brindó, en el momento en que se optó por el traslado de régimen. Arguye que, el simple formulario no convalida el deber de información, si al afiliado, no se le informaron de los alcances de su decisión y el traslado se convalida en una fecha posterior con la simple suscripción de otro formato considerando las implicaciones jurídicas que ese acto genera en el derecho pensional de los afiliados.

Finalmente declaró que no prospera la excepción de prescripción propuesta por las entidades accionadas. Así mismo señaló que las costas serán asumidas por a PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante

La sentencia no fue apelada, motivo por el cual se envió el expediente ante esta Corporación judicial con el fin de que surta el grado jurisdiccional de Consulta del fallo, en favor de Colpensiones.

3. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales no allegaron escritos de alegatos.

4. 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 CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

5. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 se consultará la sentencia en favor COLPENSIONES 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 del 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 el actor, inicio su vida laboral afiliado al ISS desde el 04/08/1980 efectuando cotizaciones discontinuas hasta el 9/10/1982 (fl 15 09ContestaciónColpensiones). Posteriormente empezó a laborar en el municipio de Medellín del 14 de marzo de 1983 hasta el 11 de abril de 1995, sin cotizaciones (folios 50 a 56 archivo 01DemandayAnexos); afilándose con posterioridad a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 24 de agosto de 1995 como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 35 del expediente (Documento 08ContestacionProteccion), con efectividad el 1 de septiembre de 1995, como se lee en certificado SIAFP que milita a folio 54 del citado archivo .

Es importante señalar que si bien en este caso, para la fecha en que se realiza el traslado del actor al RAIS, no se encontraba afiliado *a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, pues no cotizaba para el sistema pensional*, sí tenía el régimen pensional del sector público como servidor público que era, con la pensión a cargo de su empleador, por lo que no podemos olvidar que el Art. 128 de la ley 100 de

1993 dispone: *“Los servidores públicos que no estén afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, aquéllos que se hallen afiliados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, y los que ingresen por primera vez a la fuerza laboral, en caso de que seleccionen el régimen de prestación definida, se afiliarán al Instituto de Seguros Sociales.”*

Es importante señalar, que por mandato del Decreto 691 de 1994 los servidores públicos se incorporaron al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, y los del orden municipal como el demandante, quedan sujetos a esta ley y por tanto incorporados a su sistema, a más tardar el 30 de junio de 1995, por lo que al ser al momento del traslado del actor al RAIS, un servidor público su afiliación de no haber escogido el régimen del RAIS, debió haberse efectuado al ISS, razón por la cual, la decisión de la *a quo* de ordenar el regreso del accionante al RPM a través de COLPENSIONES y la devolución de los aportes pensionales efectuados en el RAIS, a esta entidad, es acertada y por tanto debe ser igualmente confirmada.

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que 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 el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:15:26 del video de la audiencia de juzgamiento y trámite (22.AudienciaConcetrada), 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 la *a quo*, 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 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 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 la *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, debiendo realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES la devolución que 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 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.

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 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 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.

Ahora, respecto de la indexación ordenada por el *a quo*, respecto de las “*conceptos de descuentos*” se precisa en esta instancia que la indexación, recae sobre el porcentaje de las cotizaciones que no fue abonada a la cuenta de ahorro pensional del demandante, es decir, los gastos o cuotas de administración, incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, pues son los rubros que no generaron los rendimientos o intereses, pues fueron apropiados por PROTECCIÓN S.A. o gastados para los pagos de las primas de seguros.

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 en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia por haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta.

6. 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 7 de diciembre de 2023 proferida el JUZGADO VEINTICINCO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **LUIS FERNANDO HERNÁNDEZ LÓPEZ** contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**,

SEGUNDO: 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: **70d95a13aea10d0b6f35049ec058ae7671fe65cedbdfdc983aa1627397ad1e33**

Documento generado en 08/03/2024 02:36:43 PM

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