

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	WILLTHEMAN CUERVO PEREZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PROTECCION
RADICADO	05001-31-05-003-2020-00065-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Revoca, Adiciona y confirma.

Medellín, seis (6) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede la Sala a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por el señor **WILLTHEMAN CUERVO PEREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y la **AFP PROTECCIÓN S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 016**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la parte demandante y de la AFP PROTECCION, contra la sentencia que profirió el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en la

audiencia pública celebrada el día 18 de enero de 2024, y, a su vez, conocer dicha sentencia en grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que el demandante nació el 6 de agosto de 1965, y se afilió al ISS administrado hoy por Colpensiones, y que posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP PROTECCION S.A., en donde permanece actualmente.

En punto de las circunstancias del traslado de régimen pensional se indicó que, PROTECCIÓN en ejercicio de su estrategia comercial de captar afiliados y por medio de un asesor comercial visitó la empresa donde laboraba el demandante (SURAMERICANA SEGUROS) que pertenece al mismo grupo económico en el que aquel laboraba y con una deficiente, incompleta y engañosa asesoría logró obtener el traslado del demandante al RAIS.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por la administradora del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a la AFP trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por el actor, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas, aceptar al demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral, y condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las accionadas a dar respuesta a la misma por intermedio de sus respectivos apoderados judiciales.

COLPENSIONES describió el traslado de esta acción, según consta en el archivo PDF 31, incorporado al expediente digital, aceptó como cierto la edad del demandante, su afiliación al RPM y su traslado al RAIS. La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“IMPROCEDENCIA DE DECLARAR INEFICAZ O NULO LA AFILIACIÓN AL SISTEMA DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD ADMINISTRADO POR PROTECCION S.A, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, PREVALENCIA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, PRESCRIPCION, SOSTENIBILIDAD Y EQUILIBRIO FINANCIERO, IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS, DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES INNOMINADA O GENÉRICA, BUENA FE, INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DESARROLLADO EN EL ARTICULO 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ADICIONADO POR EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005”*

Por su parte la **AFP PROTECCION S.A.**, a través de la contestación allegada (PDF 28 del expediente digital), manifestó que el traslado de régimen pensional que realizó el demandante no fue como lo pretende hacer ver el actor, toda vez que previo a su afiliación con dicha administradora se le brindó una asesoría transparente y profesional, pues los asesores de la Administradora son capacitados permanentemente y cuentan con el conocimiento técnico y la lealtad moral suficiente para orientar a los posibles afiliados y en ese sentido se asesoró en debida forma al actor respecto a todo el sistema general de pensiones colombiano, donde se le explicaron las características del RAIS y del RPM, las diferencias entre ambos, la forma de adquirir una pensión en uno y otro, las consecuencias del traslado y todos los aspectos necesarios para que la misma pudiera tener claridad respecto a su panorama pensional, esto con el fin de que el actor pudiera tomar libremente la decisión de vincularse o no a este régimen, pero no de manera impuesta como lo pretende hacer ver el demandante, sino voluntariamente, tal como sucedió en el caso que nos ocupa y en ese sentido, queda totalmente probado que la asesoría brindada al demandante al momento de su vinculación fue suficiente, clara, coherente, y precisa. Resaltó además que no puede predicarse que hubo engaño o que se indujo en error al demandante pues su consentimiento estuvo mediado de amplia información y asesoría por parte de la AFP, y así mismo quedó plasmado en el formulario de vinculación. La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE*

RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, PRESCRIPCIÓN”

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 18 de enero de 2024, el Juez de conocimiento, dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR que la AFP PROTECCIÓN S.A. falto a su obligación de dar información veraz, clara y oportuna al señor WILLTHEMAN CUERVO PEREZ identificado con C.C. N°70.565.789 al momento de realizar su traslado del RPM al RAIS y a lo largo de la afiliación incluyendo la no re-asesoría.

SEGUNDO: DECLARAR que PROTECCIÓN causó menoscabo, es decir, o disminución o limitación en la seguridad social del demandante cuando cumplió 1.300 semanas al sistema

TERCERO: DECLARAR la responsabilidad constitucional y profesional de PROTECCIÓN S.A. en el menoscabo pensional causado al demandante

CUARTO: DECLARAR la inaplicación constitucional de pérdida del régimen RPM al RAIS que acaeció en el demandante cuando éste se trasladó del Seguro Social a Protección S.A. y en su lugar declarar que el demandante sigue inmerso en el RPM, pero a cargo de la AFP incumplida.

QUINTO: Absolver de todas las pretensiones a Colpensiones.

SEXTO: Ordenar a AFP PROTECCIÓN S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que lo solicite por escrito el demandante, le reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el RPM. El demandante solicitará la pensión de vejez una vez cumplidos los 62 años de edad y en la cual incluirá certificado de retiro laboral.

SEPTIMO: Ordenar a AFP PROTECCIÓN S.A. que dentro del mes siguiente que reconozca, liquide y pague la pensión al demandante, solicite a Colpensiones elaboración de cálculo actuarial con miras a subrogación pensional y ordenar a Colpensiones que dentro de los dos meses siguientes elabora dicho calculo actuarial y dentro de ese mismo lapso, dos meses, lo presente por escrito a Protección y protección a su vez luego del mes de que le sea presentado el valor del cálculo actuarial proceda con el pago real y efectivo de esta suma de dinero a Colpensiones.

OCTAVO: Ordenar a Protección que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a Colpensiones, sigue obligada a pagar la pensión de vejez bajo el régimen de prima media al demandante. Colpensiones

subrogará a Protección en dicho pago desde el momento y hora en que le sea pagado el cálculo actuarial por Protección s.a.

NOVENO: Autorizar a protección a ENJUGAR parte del valor del cálculo actuarial que se le ordena pagar a Colpensiones tomando para si los ahorros pensionales del demandante, rendimientos, bonos pensionales del demandante, incluyendo las sumas de dinero que tenga en su poder como bonos, rendimientos o cualquier otra suma de dinero que estén relacionadas con la pensión de vejez de la demandante.

DECIMO: no prosperan las excepciones propuestas por la AFP PROTECCIÓN S.A

DECIMO PRIMERO: Costas procesales a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. y en favor del demandante, Agencias en derecho en la suma de \$5.200.000.”

VI. – RECURSOS DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia de primera instancia fue apelada por el apoderado de la parte demandante y por el apoderado de la AFP PROTECCION.

Apelación parte demandante: El apoderado judicial de la parte actora para sustentar su recurso de alzada, apeló a la sentencia STL 3196 2020, solicitando que se de aplicación a los precedentes jurisprudenciales respecto del presente caso, y que, por tanto, no se condene a la administradora de pensiones del RAIS a reconocer la pensión de vejez al demandante, considerando que no es necesario ese paso, pues debió ordenarse directamente a Colpensiones que asuma el pago de la prestación económica al momento en que sea solicitada, y se decrete la ineficacia de la afiliación que hizo el actor a Protección y que por tanto se entienda que aquel hace parte del RPM; resaltando que el estado social de derecho es un principio fundamental de la seguridad jurídica por eso acatar los precedentes es de suma importancia y recibir del estado respuestas tan distintas frente a las formas como se resuelven los casos es muy grave, máxime cuando existe un precedente pacífico de la CSJ el cual se debe respetar.

De otro lado pidió que se condene en costas procesales a Colpensiones pues la entidad se ha resistido a las pretensiones y ha actuado dinámicamente.

Apelación de la AFP PROTECCION: La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el apoderado judicial de la AFP PROTECCION S.A., quien arguyó que la sentencia no se ajusta a los lineamientos de la CSJ respecto a este tipo de temas de ineficacia del traslado de régimen pensional y por tanto condenar a la AFP al reconocimiento de la pensión de vejez, pero bajo el RPM, no es un efecto propio de la ineficacia, máxime que en la demanda no se solicitó que se condenara a la AFP a la pensión de vejez del demandante a título de responsabilidad profesional o perjuicios, razón por la cual el juez de primer grado está alterando sustancialmente el principio de congruencia y su decisión carece de sustento normativo, siendo dicha carga excesiva, ilegal e inconstitucional.

Indicó también que, si bien el artículo 50 del CST le otorga al juez laboral facultades ultra y extra petitas, dichas facultades no le permiten al juez decidir si no con base en los hechos probados y debatidos en el proceso para evitar violar el debido proceso y el derecho de defensa del demandado. Que con la indemnización de perjuicios decretada por el A quo, no se le permitió a la AFP ejercer en la oportunidad debida su derecho de contradicción y defensa.

Sostuvo a su vez que, de acuerdo a la línea jurisprudencial de la CSJ los perjuicios solo proceden cuando el afiliado tiene el estatus de pensionado y no de afiliado y que en ese sentido no existen razones que legitimen al juez para imponer dicha condena y que en el evento de estimarse que procede también para los afiliados, debió analizarse la figura de la prescripción y la carga de la prueba, la cual no deviene invertida en los asuntos en que se solicite la indemnización de perjuicios y en consecuencia, correspondía a la parte actora demostrar la causación de los mismos con los elementos propios de la responsabilidad civil.

Dijo a su vez que respecto al detrimento patrimonial a Colpensiones, la condena impuesta por el A quo, no protege al demandante a reconocerle el derecho a la indemnización, sino que va dirigida al reconocimiento de perjuicios en favor de la administración pública, esto es, a favor de Colpensiones, sin embargo, el A quo no podía ejercer en ningún sentido las facultades extra y ultra petita, ya que dicha entidad intervino en el proceso en calidad de codemandada y no como demandante, por consiguiente, cualquier indemnización de perjuicios

en favor suyo no podía ser declarada y dicha entidad debió acudir a la jurisdicción para reclamar algún tipo de perjuicio.

En último lugar expuso que, se establezcan las cuotas conforme a lo que respetuosamente dispone el Acuerdo del 05 de agosto de 2016, y el artículo 365 numeral 8 del CGP, pues la AFP siempre actuó bajo los preceptos de buena fe.

Alegatos de Conclusión:

La apoderada judicial de la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión solicitando que, a la sentencia de primera instancia, se le dé el alcance que para casos semejantes ha dispuesto la línea jurisprudencial de la CSJ.

Por otra parte, el apoderado judicial de COLPENSIONES, resaltó que en el caso del demandante se presenta una imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y estableció claramente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez, y el demandante solicitó el traslado posterior al cumplimiento de la edad limítrofe establecida, por un descuido imputable al mismo.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, se pasa a resolver de fondo, previas las siguientes

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión. - La Ineficacia del traslado de régimen pensional.

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por el apoderado judicial de la parte demandante y de la AFP PROTECCION; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a COLPENSIONES relacionada con la declaratoria de ineficacia, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala de establecer si el traslado de régimen pensional que hizo el actor al RAIS, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y el traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del cambio de régimen pensional, el cual ha de venir suministrado y garantizado por el agente adscrito al respectivo fondo, esto es, es de la propia esencia del acto de afiliación o traslado, el suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.

Esto lleva a la Sala a subrayar, que las obligaciones de asesoría no fueron creadas por el Legislador a través de recientes normas, sino que desde la propia concepción dualista de dos regímenes pensionales a través de la Ley 100 de 1993, se establecieron como de su propia esencia.

Así, la asesoría a cargo de la administradora, se erige en una obligación insoslayable, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los efectos económicos que puede representar una decisión de tal naturaleza.

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia de afiliación y traslado entre regímenes pensionales, y a

través de las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose – en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición (SL2611-2020 y SL5525 -2021) y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión, como equivocadamente lo plantea la AFP accionada.

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber tomado la decisión inicial, o por el hecho de que el asegurado se haya trasladado incluso entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, como ocurrió en el presente caso, ya que *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, por lo que un dato será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad”* (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019).

A partir de lo anterior, pasa a desatarse la alzada conforme al...

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que el señor WILLTHEMAN CUERVO PEREZ, se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, en el año 1986 (PDF 29 folio 24), y posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCION S.A., en el año 1994 (PDF 28 folio 67), fondo privado en donde se encuentra en la actualidad.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar que la AFP PROTECCION no demostró haber cumplido con su obligación de diligencia en la afiliación del demandante al RAIS, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que la AFP convocada a juicio (PROTECCION S.A.) no alcanzó a probar haberle brindado asesoría al actor con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que la atendieron.

Como lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia del órgano de cierre (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017), **es claro que la firma del formulario de afiliación** no es una prueba certera de que hubiere existido un verdadero cumplimiento por parte de los fondos privados. La simple firma del formulario por parte del asegurado no puede tenerse como una prueba de que se le haya informado a cabalidad de todos los pormenores que le implicaban ingresar a un nuevo régimen pensional distinto al de prima media con prestación definida al que ya había pertenecido, y por ello el acto jurídico terminó afectado en su eficacia.

Es importante destacar que el derecho a la libre elección de régimen pensional contenido en la Ley 100 de 1993 en el marco del derecho a la seguridad social no riñe con las disposiciones legales que contemplan la exigencia del formulario, debiéndose entender que, más allá de la documentación formal, existe un sustrato material directamente relacionado con los derechos

fundamentales que exige que el asegurado tenga una completa asesoría en su proceso de afiliación o traslado de régimen pensional, la cual coloca a la respectiva administradora en el pleno del cumplimiento de sus obligaciones profesionales en ese sentido, bajo la dinámica del *“buen consejo”*.

Pues bien, para la Sala la Ley 100 de 1993 como norma especial que regula esta situación, es la que comprende las exigencias y condiciones de validez de las afiliaciones a las administradoras del régimen privado y la que impone el acompañamiento al asegurado, resaltándose además que las obligaciones de asesoría y acompañamiento siempre han existido desde que se crearon los dos regímenes pensionales en la Ley 100 de 1993, sin que pueda decirse que se estén haciendo retroactivas obligaciones que solo se hayan impuesto en recientes normas jurídicas.

Resalta además este colegiado que el fondo privado reconoce que el único medio probatorio con que cuenta para demostrar que cumplieron con su deber de información es el formulario de vinculación, el cual a juicio de esta magistratura contiene una información general de datos del afiliado y no acredita la obligación de las AFP de entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado a elegir «libre voluntariamente» lo cual implica la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Para la Sala, el formulario de afiliación no se erige en la prueba irrefutable de que haya existido asesoría, el mismo solo viene a ser un documento que demuestra la afiliación, pero no es indicativo de que se haya brindado asesoría idónea. Ahora, nótese cómo en este caso no se ha declarado la ineficacia de traslado de régimen porque el formulario de afiliación no sea un documento auténtico, ya que la discusión jurídica se dio en términos de ineficacia, por falta de asesoría, más que en términos de validez del formulario. No se trata de desconocer el valor probatorio que el referido documento pueda tener, el cual es incontrastable en el marco de lo que representa, pero de ahí a que se tenga como indicativo de que haya existido asesoría, buen consejo y acompañamiento, no es de recibo para esta sala.

En punto de la prueba por interrogatorio de parte absuelto por el demandante WILLTHEMAN CUERVO PEREZ, esta Sala resalta algunas de sus manifestaciones:

“Como se dio su traslado a Protección- Contestó: nos dieron una información muy general porque la reunión que nos hicieron fue cuando laboraba en suramericana y esa empresa es filiar de Protección. Recuerdo que nos dieron unas proyecciones, pero general no específicamente a cada uno de los empleados no, nunca recibí una asesoría individual. La reunión fue masiva en el teatro de Suramericana en varios grupitos, nos daban primero algo general y luego pasábamos a una mesa y ahí estaba el documento para que firmáramos y ya, algo así más o menos. La asesoría fue realizada por un funcionario de Protección, y nos indicaron que el seguro se iba a terminar. Muchos de los funcionarios de Suramericana nos trasladamos por la directriz que nos daba la empresa y uno acabado de ingresar a una compañía de seguros, uno buscaba una estabilidad y no ir en contravía de las directrices de la empresa”

Valorada la prueba en su conjunto, a juicio de esta magistratura el traslado de régimen pensional que realizó el actor al RAIS es ineficaz. Al respecto destaca la Sala que, dicho traslado no fue informado, pues nótese que la parte actora insiste en que no recibió información suficiente, mientras que la AFP fundamenta su defensa en la suscripción del formulario de afiliación, el cual por sí solo no da cuenta que se le hubiese ilustrado al actor sobre las características de ambos regímenes pensionales, de lo que se colige que el traslado que hizo el demandante al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN no estuvo precedida de información y buen consejo.

En lo que concierne a la manifestación del apoderado judicial de COLPENSIONES, al momento de presentar los alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, en el sentido que el asegurado se encuentra inmerso en la prohibición de retorno establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Para esta Sala dicho planteamiento no es aplicable a casos de ineficacia, ya que esa restricción opera en casos de libre elección de régimen pensional, más no en situaciones en las que se advierte que el acto de afiliación no produjo ningún efecto, al ser ineficaz la afiliación por ausencia de información.

Así las cosas, resulta claro que, al ser ineficaz el acto de afiliación del demandante al RAIS, el actor queda en posibilidad de libre elección de ingreso al régimen pensional que más convenga a sus condiciones particulares, posibilidad que no se ve truncada al faltarle menos de 10 años para la edad pensional, ya que debe retrotraerse a la voluntad y el consentimiento válido, esto

es, motivado en un verdadero conocimiento del régimen pensional, para que pueda escogerse en condiciones de eficacia el régimen pensional que más convenga y opte el asegurado. Para el caso concreto, no es otro que el régimen de prima media con prestación definida, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

Sin embargo, ambos apoderados judiciales apelantes, les asiste razón en el reproche general que le hacen a la sentencia de primera instancia, solicitando incluso de forma subsidiaria que, en caso de que se confirme la declarada ineficacia, se le dé el alcance que todos los casos en su mayoría tienen conforme a la jurisprudencia nacional, y no la inapropiada forma jurídica que concluyó la sentencia de primera instancia, al haber ordenado que una administradora del RAIS reconozca y pague la pensión de vejez bajo unas reglas completamente ajenas y atípicas como las contenidas en la Ley 100 de 1993.

Esta sala acoge los reparos, y advierte un desbordamiento a la línea jurisprudencial sobre el tema en que incurrió el A quo, que más que corresponder al sostenimiento de una postura con la suficiente carga argumentativa, constituye una suerte de escenario en el que se lleva a extremo el principio de responsabilidad jurídica y presenta ciertos inconvenientes en la práctica, de cara al funcionamiento legal que cada uno de los dos regímenes pensionales excluyentes que creó el legislador a través de la Ley 100 de 1993, al pretender imponer a una administradora del régimen de ahorro individual (AFP PROTECCION S.A.) un reconocimiento pensional bajo las reglas del régimen de prima media con prestación definida, ordenando de por medio la liquidación de un cálculo actuarial completamente impropio para estos casos¹.

La solución que el juez de primera instancia dio al caso no resulta consecuente con la figura de la ineficacia, en tanto es evidente que la misma trae como consecuencia la ausencia de la existencia del acto de afiliación, y nunca el que se pueda llegar a entender que una administradora del RAIS frente a la cual

¹ El tema de la subrogación pensional, al tenor de lo establecido en las sentencias de casación SL 16.838 de 2016, SL 4.103 de 2017 y SL 4.934 de 2017, entre otras, se refiere a aquellos casos de empleadores que tenían a cargo el reconocimiento de pensiones de conformidad al artículo 260 del CST., y que con motivo de la derogatoria de dicha disposición por virtud del artículo 289 de la Ley 100 de 1993, se subrogaron en COLPENSIONES para el reconocimiento a cargo de esta entidad de las pensiones correspondientes.

existió ineficacia en el acto de afiliación, pueda llegar a ser la pagadora de la pensión bajo una dinámica financiera completamente ajena al régimen.

Así las cosas, sin que exista duda en cuanto a que hay unas obligaciones de asesoría y buen consejo en cabeza de las AFP que se erigen en inexorables en el despliegue de su actividad, creadas desde la misma concepción de los dos regímenes pensionales, y no a partir de recientes normas, cuando las mismas no se cumplen, se genera la consecuencia jurídica de la ineficacia, como una sanción propia en materia del trabajo y de la seguridad social, este colegiado revocará la orden de pagar cálculo actuarial con fines de subrogación, por ser una solución jurídica totalmente injustificada y que contraría la fuente legal con base a la que cada régimen pensional funciona de manera independiente y con fundamento en sus propias normas y reglas jurídicas.

En consecuencia, esta Sala **CONFIRMARÁ** el numeral 1º, de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en cuanto, declaró que la AFP PROTECCION S.A., faltó a su deber legal de asesoría cuando el actor se trasladó a dicha entidad. Y, **REVOCARÁ** el numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, para en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado de régimen pensional que hizo el demandante **WILLTHEMAN CUERVO PEREZ**, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la PROTECCION S.A. entendiéndose, por tanto, que el demandante siempre ha permanecido afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

Por otra parte, serán **REVOCADOS** los numerales 2º, 3º, 5º, 6º, 7º 8º, 9º, y 10º de la parte resolutive de esa misma sentencia, en los que se declaró que la AFP PROTECCION causó grave daño, perjuicio o menoscabo, es decir disminución o limitación a la seguridad social en pensiones del demandante, se declaró la responsabilidad constitucional y profesional de la AFP PROTECCION, en el daño o perjuicio causado al demandante en su mesada pensional, y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez del demandante bajo el RPM, se absolvió de todas las pretensiones a Colpensiones; para en su lugar, ORDENAR a la **AFP PROTECCION S.A.**, que traslade a COLPENSIONES, los siguientes conceptos: **i) El capital ahorro en la cuenta individual del demandante WILLTHEMAN CUERVO PEREZ: ii) Los**

rendimientos generados. **iii)** Los dineros cobrados por concepto de cuotas de administración con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados a la fecha del traslado. **(iv)** Los conceptos que comprende las sumas adicionales de la aseguradora tales como primas de seguros de invalidez, muerte. En el evento de que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a **Colpensiones**. Todos estos conceptos se deben trasladar debidamente **indexados**, y **(v)** El aporte correspondiente al fondo de la garantía de pensión mínima indexado.

Lo anterior, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué recibir sumas depreciadas por estos conceptos, teniendo en cuenta la siguiente formula:

ÍNDICE FINAL

ÍNDICE INICIAL x VALOR A INDEXAR – VALOR A INDEXAR

Esta medida de actualización monetaria ha sido reiterada recientemente por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Al respecto, resulta oportuno citar el reciente criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien, en sentencia del 29 de julio de 2020, SL 2877, Radicación 78.667, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha recordado que *“la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida...”*.

Singularmente se precisa que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al determinar que las implicaciones prácticas de la ineficacia conllevan a que: *“la citada AFP deberá 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, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021). (subraya y negrilla a propósito)

A modo de conclusión, para esta Sala es indispensable que la AFP traslade a Colpensiones en los eventos que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, los siguientes conceptos: **i)** la cuenta de ahorro individual, **ii)** los rendimientos financieros o frutos e intereses, **iii)** los gastos de administración, que encuentran su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: “... el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, **la prima de reaseguros de Fogafín**, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”, **iv)** y, finalmente los fondo de garantía de pensión mínima.

Lo anterior por cuanto se impone la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele al demandante.

Así, es claro entonces que, al regresar las cosas al estado anterior en que se encontraban antes de que el actor suscribiera su traslado al RAIS, debe girarse todos los conceptos cobrados por la administradora del régimen privado, debidamente indexadas, incluso completando dichas sumas y su actualización de su propio patrimonio, teniendo en cuenta que se trata de dineros que pertenecen a la cotización del asegurado, y que esta no dio lugar a la ineficacia.

Finalmente, y en cuanto a los argumentos esbozados por el apoderado judicial de la AFP PROTECCION, relativos a que se revoque la condena en costas procesales, considera este Colegiado que, no le asiste razón al recurrente, pues justamente fue el fondo privado que generó la ineficacia del traslado de régimen pensional, por falta del deber de información al demandante y además la entidad, se opuso férreamente a las pretensiones de la demanda; de tal suerte que en dicho caso, si resulta pertinente emitir condena en costas, acudiendo al criterio previsto en el art. 365 del CGP.

Ahora, si lo que pretende el apoderado recurrente de la AFP, es controvertir el monto o cuantía de las agencias en derecho, conforme al numeral 5 del artículo 366 del CGP, esta no es la oportunidad procesal para ello.

En lo que concierne a la petición del apoderado de la parte demandante en el sentido de que se le imponga condena en costas procesales a Colpensiones por cuanto la entidad se opuso férreamente a las pretensiones, este colegiado no acoge dicha petición como quiera que si bien existe un criterio objetivo en el artículo 365 del C.GP, el mismo no puede aplicarse sin entrar a analizar la posición que COLPENSIONES ocupa en el acto jurídico que se declaró ineficaz, esto es, su ausencia de participación e incursión en los efectos de la ineficacia.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia no se han causado costas procesales, por haber prosperado parcialmente las apelaciones de ambos apelantes.

VIII. - DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el que se dispuso inaplicar la pérdida del régimen de prima media con prestación definida acaecido en el señor **WILLTHEMAN CUERVO PEREZ**, cuando éste se afilió al RAIS, declarando que el demandante sigue inmerso en el régimen de prima media con prestación definida, pero a cargo de la administradora de pensiones PROTECCION S.A, **para, en su lugar, DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado de régimen pensional que hizo el demandante **WILLTHEMAN CUERVO PEREZ**, al régimen de ahorro individual

con solidaridad a través de la PROTECCION S.A. entendiéndose, por tanto, que el demandante siempre ha permanecido afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, por lo indicado en precedencia.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales 2º, 3º, 5º, 6º, 7º 8º, 9º, y 10º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en los que se declaró que la AFP PROTECCION S.A causó grave daño, perjuicio o menoscabo, es decir disminución o limitación a la seguridad social en pensiones del demandante **WILLTHEMAN CUERVO PEREZ**, se declaró la responsabilidad constitucional y profesional de la AFP PROTECCION, en el daño o perjuicio causado al demandante en su mesada pensional, se ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez del demandante bajo el RPM, se absolvió de todas las pretensiones a Colpensiones; para en su lugar; **ORDENAR** a **PROTECCION S.A.**, que proceda a trasladar a **COLPENSIONES**, los siguientes conceptos: **i)** El capital ahorro en la cuenta individual de la demandante **WILLTHEMAN CUERVO PEREZ**; **ii)** Los rendimientos generados. **iii)** Los dineros cobrados por concepto de cuotas de administración con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados a la fecha del traslado. **(iv)** Los conceptos que comprende las sumas adicionales de la aseguradora tales como primas de seguros de invalidez, muerte. En el evento de que dentro del período de afiliación se realizarán descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a **Colpensiones**. Todos estos conceptos se deben trasladar debidamente **indexados**, y **(v)** El aporte correspondiente al fondo de la garantía de pensión mínima indexado.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

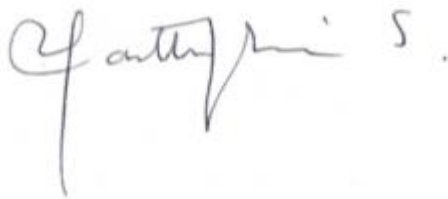
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primer grado.

CUARTO: Sin costas en esta instancia, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: En su oportunidad procesal, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

SEXTO: SE ORDENA la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA