

TEMA: INEFICACIA EN TRASLADO DE RÉGIMEN - nace como fruto del análisis de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto esta determinó que muchas personas en el país se trasladaron de un régimen a otro sin que haya existido una suficiente información por parte de la administradora de pensiones, provocando pérdida de sus derechos pensionales más beneficiosos. /

HECHOS: La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por la administradora del régimen privado, y que, en consecuencia, se ordene a la AFP demandada a trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por la actora (...) El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por el apoderado judicial de la parte demandante en su recurso de apelación, sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones relacionada con la declarada ineficacia del traslado de régimen pensional y la aceptación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

TESIS: la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia del 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, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.(...) Por lo demás, es preciso indicar 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. De otro lado, este colegiado resalta la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al determinar que la ineficacia se presenta en el momento de la afiliación ausente de información, esto es, no nace a la vida jurídica, sin que importen las conductas posteriores, ya que el acto no alcanzó a producir efectos jurídicos(...) Respecto a la devolución de los aportes, 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...”(...) Ahora, frente a la indemnización de perjuicios a Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral y en sentencia SL1688 de 8 de mayo de 2019, radicación N° 68838, en un proceso de ineficacia de traslado de régimen pensional, precisó que ‘quien reclama la indemnización de perjuicios debe demostrarlos’, concluyendo en el caso lo siguiente: “1.3. Sobre la indemnización de perjuicios. La Sala no accederá a esta pretensión, en la medida en que no existe en el expediente prueba cierta sobre los perjuicios ocasionados a la accionante, de la cual pueda derivarse una condena indemnizatoria.” La Sala no accederá al reconocimiento de perjuicios, por cuanto finalmente, después de la declaratoria de

ineficacia del traslado de régimen de la demandante, la situación volvió a su estado inicial, y hoy la actora puede acceder a su derecho pensional en el régimen de prima media con prestación definida, lográndose así, el restablecimiento del derecho de la demandante en los términos que realmente corresponde.

M.P. MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

FECHA: 24/01/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	ANA MARÍA DÍAZ SOTO
DEMANDADOS	COLPENSIONES -PROTECCIÓN
RADICADO	05001-31-05-022-2020-00131-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona y Confirma

Medellín, veinticuatro (24) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **ANA MARÍA DÍAZ SOTO** 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 001**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 27 de junio de 2023; 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 la demandante se afilió al ISS administrado hoy por Colpensiones, en el año 1986 y que posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION S.A., en el año 1999, en donde permanece actualmente.

Se duele que el asesor ejecutivo del RAIS no le brindó la información suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la información determinante y ajustada a su situación concreta; y que, al contrario, le ocultaron información relevante al momento de ser atendida para afiliarse a la AFP demandada, por lo que considera que su decisión se encuentra viciada y afectada en su validez, por ausencia del conocimiento sobre las consecuencias jurídicas de su traslado de régimen pensional.

Indicó además que, el engaño proveniente de la AFP PROTECCION ha sumergido a la demandante en un estado de constante preocupación y desazón, de cara a la prestación bajo condiciones desfavorables de la mesada que percibiría, situación que contraria en sumo grado su proyecto de vida y el de su familia, todo lo cual se traduce en la concurrencia de un evidente perjuicio moral para la señora DIAZ SOTO. Agregó igualmente que, con el traslado al RAIS se le ha ocasionado a la demandante perjuicio patrimonial, el cual debe ser indemnizado por PROTECCION, toda vez que, al omitir la información relacionada con la expectativa pensional, se provocó el traslado ineficaz teniendo que acudir a los servicios profesionales de un abogado haciéndole incurrir en el pago de \$6.000.000, conforme al contrato de prestación de servicios suscrito el 23 de enero de 2019.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por la administradora del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a la AFP

demandada a trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por la actora, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas, aceptar a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, y condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio.

Y, que se condene a la AFP PROTECCION, a título de perjuicios patrimoniales al valor de honorarios profesionales consignados en el contrato de prestación de servicios profesionales. (sin pretensión concreta en relación con los perjuicios extrapatrimoniales)

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las demandadas a descorrer el traslado de esta acción.

COLPENSIONES, allegó contestación (PDF 14 del expediente digital), A través de la misma, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; aceptó la edad de la demandante, la fecha de afiliación al ISS, su posterior traslado al RAIS, negando e indicando que no le constan los demás hechos, y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE ACEPTAR LA VINCULACIÓN AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA ADMINISTRADO POR COLPENSIONES, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - ART. 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”*

PROTECCIÓN S.A. hizo lo propio y descorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 08 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, salvo la afiliación al régimen de ahorro individual y la fusión realizada entre Davivir y la AFP PROTECCIÓN, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones mérito que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS 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”

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 27 de junio de 2023, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado que hizo ANA MARÍA DÍAZ SOTO, desde el RSPMPD al RAIS a la AFP DAVIVIR y de la continuidad en ese régimen en la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. hasta la actualidad. Y se dispuso que, la parte actora ha estado vinculada, sin solución de continuidad, en el RSPMPD y se condenó a COLPENSIONES como actual administradora de ese régimen a tener a la parte demandante como su afiliada y a consolidar en la historia pensional de la parte demandante todo el tiempo servido o cotizado al SGP sólo en RSPMPD.

Ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la ejecutoria del fallo, al RSPMPD todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la parte actora que incluyan aportes y rendimientos. Y también se condenó a PROTECCIÓN (como ella y como Davivir) a devolver, dentro del mes siguiente a la ejecutoria del fallo, de su propio peculio y debidamente indexados, los valores de los aportes pensionales que recibió de la parte accionante o en su favor destinados a cuotas o gastos de administración del artículo 20 de la Ley 100 de 1993; y se condenó a COLPENSIONES a recibir y/o a cobrar esos dineros.

Por otra parte, se declaró probada la excepción de fondo de PROTECCIÓN de “Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir” **y se absolvió de las pretensiones indemnizatorias de la parte actora.**

Condenó en costas procesales a la AFP PROTECCIÓN, absteniéndose de hacerlo frente a COLPENSIONES.

El A quo para declarar la ineficacia, desarrolló toda la tesis jurisprudencial que en la actualidad sostiene la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, sobre la inversión de la carga de la prueba, la insuficiencia del formulario para acreditar asesoría, la relevancia de la oportunidad en que se reciba la asesoría, la imposibilidad de que la ineficacia se sanee por prescripción o por traslados en

el mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, por el derecho a la libre selección de régimen pensional.

En relación con las **pretensiones indemnizatorias** encontró el A quo que, conforme a los artículos 164 y 167 del CGP, en concordancia con el artículo 145 CPT no hay prueba de ellos.

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

La sentencia de primera instancia fue apelada por el apoderado judicial de la parte demandante de forma parcial, en cuanto a la absolución de los perjuicios reclamados desde el escrito de la demanda a cargo de PROTECCION S.A., argumentando que el artículo 2341 del C. Civil, establece que quien cause un daño debe repararlo y que ello es un principio integral de la reparación del daño y que atendiendo a lo previsto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, los operadores judiciales deben reparar, cuando encuentren acreditado un perjuicio como ocurre en este caso donde se dio un traslado de régimen pensional.

Adujo el recurrente que la AFP incumplió con su obligación de información al momento del traslado inicial de la demandante, razón por la cual debe reconocer y pagar los perjuicios que se solicitaron con la demanda, porque el traslado se hizo a través de la labor comercial que hacía Davivir, quien obvió los deberes impuestos en el decreto 663 de 1993, el decreto 720 de 1994, y, aunque judicialmente se declaró la ineficacia, no con ello se puede dejar indemne a la AFP quien no cumplió las obligaciones a que se hace referencia, pues no cumplió con el deber de información que le asistía como administradora del régimen privado y que como causa a ese deber de información se generó el traslado de la demandante y por lo tanto, se causa un perjuicio patrimonial y moral que debe ser indemnizado por la AFP demandada, pues debe entenderse que el traslado le generó a la demandante un sin número de implicaciones como de preocupaciones de cara a su situación pensional y se ha postergado la mesada pensional de la demandante a la espera de la resolución del caso, y además se ha aplazado su descanso laboral, por lo que concluyó diciendo que se deben reconocer los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales.

Alegatos de Conclusión:

A la doctora HELLEN ANDREA GRAJALES RAVE, portadora de la tarjeta profesional 342.274 del C.S de la J., se le reconoce personería para representar a Colpensiones en los términos del poder sustituido.

Dentro de la oportunidad legal la apoderada judicial de **COLPENSIONES**, al presentar los alegatos de conclusión; dijo que, en caso de acogerse la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín, proferida el pasado 27 de junio de 2023, en donde se declaró la ineficacia del traslado realizado por la señora Ana María Díaz Soto, desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Davivir, hoy Protección S.A., se conserve y/o adicione la condena impuesta a la AFP Protección S.A. como ella misma y como Davivir, respecto a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, en el sentido que dicha devolución debe incluir además de los rendimientos financieros y los aportes destinados a la garantía de pensión mínima; los aportes destinados al pago de la prima de reaseguros de Fogafin, los seguros de invalidez y sobrevivencia y cualquier otro concepto a consideración del Despacho, estos últimos debidamente indexados y a cuenta y riesgo de dicha AFP, de acuerdo a lo normado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y la sentencia SL4609 de 2021.

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 en el 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 en su recurso de apelación, sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones relacionada con la declarada ineficacia del traslado de régimen pensional y la aceptación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida que administra, 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 en establecer si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizó la demandante, a través de la AFP demandada, 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 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 advertir 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 del 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, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad 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 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, 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 comprueba que la señora ANA MARÍA DÍAZ SOTO, se

afilió al ISS en el año 1986 (PDF 14 folio 42), y posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Davivir hoy PROTECCIÓN S.A., en el año 1999 (PDF 8 folio 76), en donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación pensional de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 (PROTECCIÓN) no alcanzó a probar haberle brindado asesoría a la actora 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 el cambio de régimen, 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 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, 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. Es así como resulta de

imperiosa exigencia, el que se cumplan con todo el acompañamiento al asegurado.

Por lo demás, es preciso indicar 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.

De otro lado, este colegiado resalta la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al determinar que la ineficacia se presenta en el momento de la afiliación ausente de información, esto es, no nace a la vida jurídica, sin que importen las conductas posteriores, ya que el acto no alcanzó a producir efectos jurídicos.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia de la vinculación de la señora **ANA MARÍA DÍAZ SOTO**, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional de la demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de traslado a la AFP demandada, esto es, se encuentra válidamente afiliada al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud de la competencia en Grado Jurisdiccional de Consulta de que dispone este colegiado, que 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 a la demandante, aspecto que es objeto de cuestionamiento por el apoderado de Colpensiones en su escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia.

Los efectos de la ineficacia se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que la demandante haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa de PROTECCIÓN, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la

cotización, ya que los referidos descuentos también existen en el régimen de prima media con prestación definida, y no deben ser realizados por PROTECCIÓN, sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliada la actora.

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)

Y en relación a la indexación, este colegiado acoge la medida de actualización monetaria reiterada recientemente por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021.

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.

Es de tal relevancia el principio de sostenibilidad financiera y la importancia de que el mismo no se vea limitado por omitir ordenar retornar todos los descuentos que le hicieron a la cotización, que este colegiado advierte que se deberá ADICIONAR el **numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los fondos de garantía de pensión mínima, con cargo a su propio patrimonio.

Se advierte que, los descuentos por concepto de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

Asimismo se omitió en el referido **numeral segundo** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, que, resulta pertinente en acogimiento del precedente jurisprudencial vigente y pacífico en el órgano de cierre y conforme bien lo señaló el apoderado de Colpensiones en su escrito de alegatos en sede de segunda instancia, **ordenar la indexación** a cargo de la **AFP PROTECCIÓN**, de los fondos de garantía de pensión mínima, 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, criterio que acoge esta Colegiatura, recogiendo en consecuencia cualquier otra interpretación en sentido contrario que se hubiere sostenido en el pasado.

A su vez, omitió el A quo ordenar a la administradora, que, al momento de que la **AFP PROTECCIÓN**, traslade esos recursos a COLPENSIONES, remita la **relación discriminada de los conceptos**, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por lo anterior, se ADICIONARÁ la sentencia de primera instancia en tal sentido.

Indemnización de perjuicios

Finalmente, procede a enjuiciarse el punto de apelación del apoderado judicial de la parte demandante, quien pide que se condene a la AFP PROTECCIÓN a reconocer a la actora perjuicios. El primero de ellos, a título de perjuicio patrimoniales, concernientes a los servicios profesionales de un abogado en que incurrió la actora, suscribiendo un contrato de prestación de servicios por valor de \$6.000.000, y, los segundos, a título de perjuicios extrapatrimoniales, que a su juicio, surgen de la constante preocupación y desazón de cara a la prestación de las condiciones desfavorables de la mesada que percibiría la demandante, situación que contraría su proyecto de vida y el de su familia.

Ahora, el artículo 2.341 del Código Civil indica: *“el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*

A efectos de auscultar la eventual causación de perjuicios irrogados por PROTECCIÓN S.A., a la demandante, al haberle hecho incurrir en error por ausencia de asesoría, advierte esta Sala que tales perjuicios no se encuentran debidamente acreditados, en los términos que prevé el artículo 167 del C.G.P.

Frente al tema, la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SC093 del 2 de febrero de 2021, con radicación: 11001-31-03-044-2012-00385-01, M.P: *explicó que los elementos estructurales de la responsabilidad contractual son: “la existencia de un contrato válidamente celebrado, la lesión o menoscabo que ha sufrido el demandante en su patrimonio y la relación de causalidad entre el incumplimiento imputado al demandado y el daño causado”*. Y en la SC 397 del 22 de febrero de 2021, Radicación: 11001-31-03-036-2009-00278-01, expresó:

“La responsabilidad, en general, dimana del artículo 95, numeral 1º de la Constitución Política. Impone como deberes de la persona y del ciudadano «[r]espeter los derechos ajenos y no abusar de los propios».

El precepto recoge la máxima qui iure suo utitur, neminen laedere debet¹, según el cual, quien vulnere o incumpla sus obligaciones de conducta contractuales o extracontractuales, impuestas en interés de otro o de varios sujetos de derecho, debe reparar el daño producido.

¹ El ejercicio de un derecho no debe lesionar otro derecho.

La extracontractual, fundada en el artículo 2341 del Código Civil, establece la obligación civil de indemnizar los perjuicios provenientes de los delitos y las culpas. Exige para su estructura, al decir de la Corte: «una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva (v.gr. riesgo)».

Así las cosas, para que prospere la indemnización por responsabilidad civil contractual o extracontractual, en cualquiera de sus modalidades, daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales, fisiológicos o de vida en relación, se requiere de la prueba necesaria y suficiente del hecho, la culpa, el daño y del nexo causal entre el hecho culposo y el daño, sin que frente a tales supuestos opere la inversión de la carga de la prueba, como si ocurre con la ineficacia por falta al deber de información.

Entonces, teniendo presente su naturaleza resarcitoria, le corresponde a quien pretende su reconocimiento probar el daño o perjuicio ocasionado. Sobre este tópico la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral y en sentencia SL1688 de 8 de mayo de 2019, radicación N° 68838, en un proceso de ineficacia de traslado de régimen pensional, precisó que ‘*quien reclama la indemnización de perjuicios debe demostrarlos*’, concluyendo en el caso lo siguiente: “1.3. Sobre la indemnización de perjuicios. **La Sala no accederá a esta pretensión, en la medida en que no existe en el expediente prueba cierta sobre los perjuicios ocasionados a la accionante, de la cual pueda derivarse una condena indemnizatoria.**” (Negritas y subrayas de la Sala).

La Sala no accederá al reconocimiento de perjuicios, por cuanto finalmente, después de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de la demandante, la situación volvió a su estado inicial, y hoy la actora puede acceder a su derecho pensional en el régimen de prima media con prestación definida, lográndose así, el restablecimiento del derecho de la demandante en los términos que realmente corresponde, teniendo en cuenta los plazos en que acudió la actora a la acción de la ineficacia, que era su carga hacerlo en forma oportuna, acción cuyos efectos están claramente decantados por la jurisprudencia de la

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde años atrás a la data en que se presentó ésta.

Precisa además esta magistratura que, no se demostró la causación de los perjuicios extrapatrimoniales invocados a título de daño moral, y en cuanto a los patrimoniales, relativos a los gastos profesionales en los que incurrió la actora (contrato de prestación de servicios pdf 4 folio 27), debe decirse que los mismos no están llamados a prosperar, como quiera que si bien la demandante para acudir a la jurisdicción a solicitar la declaratoria judicial del traslado de régimen pensional incurrió en “gastos para la defensa judicial”, los mismos de una u otra manera son compensados por la administración de justicia como agencias en derecho.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de la parte demandante ANA MARÍA DÍAZ SOTO, teniendo en cuenta la desventura de su recurso de alzada. Las mismas serán en favor de las codemandadas, y ascenderán las agencias en derecho a la suma de $\frac{1}{4}$ de salario mínimo legal mensual vigente para el año 2024, a favor de las codemandadas a prorrata.

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: ADICIONAR el numeral **segundo** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de **ORDENAR** que la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, traslade a **COLPENSIONES**, los fondos de garantía de pensión mínima, con cargo a su propio patrimonio, y **debidamente indexados**. Se advierte que, los descuentos por concepto de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

Igualmente se ordena a la AFP **PROTECCIÓN** que momento de cumplir la orden, remita a **COLPENSIONES** la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y

demás información relevante que los justifiquen, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

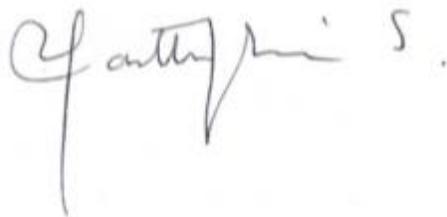
SEGUNDO: CONFIRMAR dicha sentencia en todo lo demás, según lo expuesto en precedencia.

TERCERO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a la parte demandante **ANA MARÍA DÍAZ SOTO**. Agencias en derecho: $\frac{1}{4}$ de salario mínimo legal mensual vigente para el año 2024, a favor de las codemandadas a prorrata.

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

QUINTO: 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