

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, se constituyó en audiencia con el fin de resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, contra la sentencia proferida en primera instancia en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARCELA MARÍA DUQUE MOLINA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (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. 05001-31-05-019-2019-00667-01.

### AUTO

De conformidad con la sustitución de poder allegada junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S. quien actúa en este proceso como Apoderada General de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se reconoce personería para continuar representando los intereses de dicha entidad como apoderado sustituto al abogado DIDIER ANDRÉS MESA MORA, portador de la T.P. 261.150 del C. S. de la Judicatura.

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

#### 1. ANTECEDENTES

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

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata la actora que inició su vida laboral cotizando al ISS hoy COLPENSIONES el día 21 de enero de 1992 y que posteriormente el día 13 de abril de 2004 se afilió al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A.

Expone que el asesor de PROTECCIÓN S.A. la abordó con una propuesta dirigida exclusivamente a indicarle las ventajas de trasladarse al RAIS y las desventajas de permanecer afiliada al ISS, informándole que en el fondo privado tendría mejores condiciones pensionales, tales como pensionarse a una menor edad y con una mejor pensión, le indicó que su patrimonio y el valor de sus mesada pensional estarían en riesgo de permanecer afiliada al ISS dado que dicha entidad se encontraba en proceso de liquidación, sin embargo, dicho asesor no realizó un estudio individual, previo y concreto sobre las ventajas y desventajas que le traería trasladarse al RAIS, no le realizó un comparativo entre las mesadas pensionales en ambos regímenes, no le informó que debía acreditar un monto mínimo de dinero en su cuenta de ahorro individual tanto para acceder a la pensión de vejez como para pensionarse de manera anticipada y obtener una mayor mesada pensional, no le indicó que los rendimientos de su cuenta se podrían ver afectados por las fluctuaciones del mercado, no le indicó qué era el bono pensional y cuándo se redimiría, o que su negociación anticipada le podría causar efectos negativos económicamente, no le explico las modalidades de pensión y en términos generales no le brindó una asesoría completa, idónea y transparente incumpliendo su deber de información y buen consejo.

Finalmente indica que el 26 de septiembre de 2019, solicitó ante Colpensiones solicitud de traslado al RPM, solicitud que le fue despachada negativamente mediante comunicado de la misma fecha, indicándole que no era procedente por encontrarse a 10 años o menos del requisito de edad para pensionarse.

## **2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La oficina judicial de primera instancia, despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, declarando en consecuencia que para efectos pensionales la actora estuvo válidamente afiliada en el RPMPD que administra actualmente COLPENSIONES.

Así mismo, condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. S.A. a trasladar a COLPENSIONES, trasladar los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante,

como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, tal como lo consagra el artículo 1746 del C.C., sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales.

Acto seguido condenó en COSTAS a la AFP PROTECCIÓN S.A. y absolvió de las mismas a COLPENSIONES.

Para fulminar condena, el *a quo* consideró que la corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y 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 inconvenientes de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de PROTECCIÓN S.A. que, al momento de la afiliación de la demandante, haya cumplido con el deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de un consentimiento suficientemente informado la suscripción del formulario de afiliación pre impreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Declaró no probada la excepción de prescripción al considerar que, la validez del traslado de régimen se trata de un derecho íntimamente ligado a la pensión, mismo que es un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible.

### **3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN**

La sentencia fue apelada por los apoderados de PROTECCIÓN y de COLPENSIONES, en los siguientes términos:

#### **APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.**

La apoderada de PROTECCIÓN, apela parcialmente la sentencia en lo que tiene que ver con la orden de trasladar a Colpensiones las cuotas de administración, indicando en síntesis que dichos descuentos están autorizados legalmente por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, tanto para el RAIS como para el RPM.

Indica que obra en el expediente el certificado de aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante donde se demuestra que sus aportes obtuvieron ganancias, lo que a su vez da cuenta que los mismos fueron debidamente administrado por PROTECCIÓN S.A.

Expone que con la condena de primera instancia que ordena a PROTECCIÓN devolver a Colpensiones los dineros de la cuenta de ahorro individual del accionante, más los rendimientos financieros y además las comisiones de administración, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES pues recibiría una comisión que ni siquiera se encuentra destinada a financiar la pensión de vejez y adicional a ello ya se le están trasladando los rendimientos financieros generados por la cuenta, fruto de la buena gestión de administración de PROTECCIÓN, por lo que dicha entidad tiene derecho a conservar dichas comisiones como restitución mutua a su favor y por tanto no hay razón para tenérsela que trasladar a COLPENSIONES.

Aduce que, si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se producirían unas consecuencias, esto es, el contrato de afiliación nunca existió, que Protección nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron, y que no existió por tanto el cobro de dicha comisión de administración, sin embargo ha de tenerse en cuenta el artículo 1746 del Código Civil habla de las restituciones mutuas, y con base en esto debe entenderse que, aunque se declare la ineficacia de la afiliación y que se haga la ficción de que no existió contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, y producto de la buena gestión de la AFP sobre la cuenta de ahorro individual, obtuvo unos rendimientos, y por eso tiene derecho PROTECCIÓN a conservar dicha comisión de administración, si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la parte demandante.

Finalmente indica que sobre el descuento del 3% realizado para cuotas de administración y seguros previsionales opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la Ley y que no financian directamente la prestación económica de vejez.

#### **APELACIÓN DE COLPENSIONES.**

La apoderada judicial de COLPENSIONES apela la decisión de primera instancia, indicando que el impacto monetario que acarrea el traslado de régimen pensional no puede ser la causa que lleve a declarar la ineficacia de los negocios jurídicos, dado que, la disparidad en las cifras por el aspecto estructural del sistema no es habilitante para que prosperen una demanda de nulidad o ineficacia.

Expone que la carga de la prueba no se puede trasladar de manera absoluta a los fondos de pensiones, al ser el formulario de afiliación un negocio jurídico que involucra el consentimiento de dos voluntades, y por tanto no se puede habilitar en este tipo de procesos que los afiliados presenten unas actitudes 100% frente a los movimientos, rendimientos y utilidades, y no es admisible que frente a un derecho tan trascendental como es el derecho a la pensión, solo hasta diez o más años se pretenda información al respecto, información que además siempre ha estado habilitada para los afiliados.

Por otro lado, indica que en caso de que la sentencia de primera instancia sea confirmada, se solicita la modificación de la decisión en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES el 100% de las cotizaciones realizadas por la demandante, sin descuento alguno, es decir que además de los aportes, rendimientos, cuotas de administración, se trasladen también las cuotas del seguro previsional, si se tiene en cuenta que en la sentencia que sirve de base para la declaratoria de ineficacia, se ordenó a los fondos privados, incluso con cargo a su propio patrimonio, la devolución de la totalidad de la cotización, señalando además que toda la base jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han sido vehemente en ordenar a los fondos privados el traslado de la totalidad de los aportes, sin descuento alguno, todo en razón al artículo 48 Constitucional, precisamente porque las personas que se trasladan del RAIS al RPM están ad portas de pensionarse, y es COLPENSIONES quien debe mantener el equilibrio de sostenibilidad financiera, y solo financiar las prestaciones con base en las cotizaciones que efectivamente fueron realizadas.

#### **4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:**

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, únicamente la apoderada de COLPENSIONES allegó escrito de alegatos de conclusión, en el cual señaló textualmente lo siguiente:

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

El juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación. Así, no es admisible que el documento soporte de la afiliación que es el formulario suscrito por el afiliado, sea desestimado por los diferentes Despachos como una prueba a la voluntad libre de afiliación del demandante, indicándose que solo corresponde a una cláusula O A UN FORMATO carente de certeza.

Se trata de un traslado de régimen pensional realizado voluntariamente por la demandante, tal apreciación se puede verificar en el escrito de demanda en el cual se puede establecer que para que se constituyera el fondo privado como su nueva administradora de pensiones, el mismo realizó una selección. Dicho concepto de “SELECCIÓN” implica una voluntad consiente para elegir entre uno u otro régimen, no estando supeditado entonces a la fuerza o al engaño que deberá ser objeto de debate probatorio.

La demandante accede sin inconveniente alguno a pertenecer al Régimen de Ahorro Individual sin verificar de fondo las consecuencias tanto positivas como negativas de dicho cambio, situación como tal que le es totalmente ajena a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, quien no podía evitar que el afiliado renunciara al cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte administrados por el Régimen de Prima media, dado que como se indicó anteriormente, el simple acto de “SELECCIONAR” implica un previo examen que permita avizorar que dicho régimen es mejor que el otro.

Es claro entonces que la afiliación efectuada al RAIS por la demandante goza de plena validez, pues en el momento en el que decidió trasladarse de régimen, estaba aceptando las condiciones pensionales a este, lo que se avizora es una inconformidad con la mesada pensional y por eso ahora el demandante alega una supuesta falta de información por parte de la AFP, que en todo caso le incumbe a la parte que afirma demostrar los hechos que sustentan su demanda, lo cual se pudo en el interrogatorio practicado no fue así. No sería correcto hablar de un fallo favorable a las pretensiones incoadas por el demandante, cuando a este lo cobija el principio de la Autorresponsabilidad de los hechos que afirma y por ende esta llamada aportar pruebas tendientes a demostrar que el traslado de régimen fue producto de un engaño como se manifiesta en la demanda y no por el contrario dar por sentado un hecho que reitero le es ajeno a Colpensiones a la hora de dar por ciertos los hechos que indica.

Por otra parte, la sentencia de la Corte Constitucional SU 062 de 2010 señala “...*el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*”

Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social...”

Es de anotar que al Colpensiones ser una entidad pública no puede ir más allá de lo consagrado en la ley, y esta es clara cuando en el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció: *el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, como*

*es el caso que nos ocupa donde el demandante estaría incumpliendo con la señalado en la norma.*

La prohibición de traslado cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir el requisito de la edad exigido para acceder al derecho a la pensión, contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, fue objeto de estudio por parte de esta Corporación, a través de la SENTENCIA C- 1024 DE 2004, a propósito de una demanda de inconstitucionalidad formulada en su contra, en la que se cuestionaba que la restricción temporal de traslado de régimen pensional, vulneraba el derecho a la libre escogencia:

*En dicho fallo, la Corte sostuvo que “la medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida,<sup>8</sup> y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional.”*

Ello si se tiene que la demandante carece de fundamentos probatorios que permitan hablar de condenas para la administradora de pensiones COLPENSIONES, toda vez que, el consentimiento libre y espontaneo se ve materializado con la afiliación en el RAIS y en su momento COLPENSIONES nada tuvo que ver en la decisión que sin coacción alguna tomo el demandante a la hora de definir su situación pensional, en

tanto que, mi representada, fue un sujeto pasivo a la hora del traslado de régimen, y simplemente acepto la voluntad libre y sin coacción de la parte demandante.

Con lo anteriormente mencionado se puede concluir que no es procedente imponer cargas económicas adicionales a COLPENSIONES y más cuando su actuar siempre se ha regido por el principio legal y constitucional de la buena fe y entre sus funciones no se encuentra retener a sus afiliados, por lo que todo lo acontecido en razón al traslado de régimen de la parte actora no puede ser atribuido bajo ninguna perspectiva a esta entidad, ni se le puede imponer cargas insostenibles.

Se reitera que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los afiliados contaban con un espectro de decisión más amplio a la hora de definir la situación pensional que mejor se ajuste a sus condiciones particulares, las cuales debían tener siquiera un análisis mínimo que permitiera tomar una acertada decisión, la cual, finalmente se materializaba con la aceptación y suscripción del formulario de afiliación diligenciado válidamente sin coerción o dolo alguno que desencadenara en una nulidad en el negocio jurídico.

Teniendo en cuenta que la demandante no se encuentra afiliada a COLPENSIONES, no es procedente el reconocimiento del traslado e inclusión en el RPM deprecado. No le es dable a la demandante, la alegación de vicio del consentimiento alguno en el traslado al régimen de ahorro individual, el mismo se hizo efectivo y surtió las consecuencias propias de la afiliación al nuevo régimen.”

## **5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER.**

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

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

## 6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse las apelaciones de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, se consultará la sentencia en favor de esta última entidad por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado dila demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

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

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

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber

de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)

2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

Es así como, en el presente asunto, está probado, que la accionante, habiendo prestado sus servicios como empleada publica vinculada a la E.S.E. METROSALUD, según se advierte de la historia laboral válida para bono pensional emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, obrante en el plenario a folios 47 y 48 y la historia laboral emitida por PROTECCIÓN S.A. visible a folios 35 a 45, se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 13 de abril de 2004, como se advierte del formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folios 46 y 136 del expediente digital(Documento 01 del expediente digital)

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 2004 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 que dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto

00:37:35 del video de la audiencia de trámite y juzgamiento, no se advierte que esta haya confesado que se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son la explicación clara de 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, contrario a lo manifestado por Colpensiones, tanto en el recurso de apelación como en los alegatos en esta instancia, y como bien lo sostuvo el a quo, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que la afiliación fue voluntaria, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que la afiliación se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual, contrario a lo manifestado en el recurso por parte de COLPENSIONES, no probó la AFP PROTECCIÓN S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada al señalar como regla que **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**, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión del *a quo* de declarar ineficaz la afiliación inicial al RAIS realizado por la demandante en el año 2004 a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., sin que resulte de recibo lo afirmado por la apoderada de Colpensiones en el recurso de alzada, en el sentido que el impacto monetario no constituye una razón para declarar la ineficacia, pues en momento alguno manifestó el Juez de primera instancia que la declaratoria de ineficacia fuera producto de la diferencia pensional en uno u otro régimen, debiendo señalar además la Sala que aunque en el recurso de Colpensiones se afirma que la información siempre estuvo disponible y habilitada para los afiliados, lo cierto es que el cumplimiento del deber de información debía cumplirlo PROTECCIÓN S.A. al momento de la vinculación de la actora, y no con posterioridad a ello a través de diferentes canales.

En lo que tiene que ver con el retorno de la demandante al RPM administrado por Colpensiones que se dispuso en la sentencia apelada, encuentra la Sala que el mismo resulta procedente, pues si bien la afiliación de la demandante al RAIS en el 2004 no se trató de un traslado de régimen pensional, por cuanto a esta fecha no estaba afiliada a ningún sistema pensional, ya que en el pasado había prestado sus servicios personales como empleada pública en la E.S.E. METROSALUD sin afiliación y sin

cotizar a una entidad de previsión social o fondo de pensiones, no podemos olvidar que por mandato del Inc. 4 del decreto 692 de 1994, “Los servidores públicos que al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.”

Conforme a las normas anteriores, a juicio de la Sala, los servidores públicos del orden territorial que al 30 de junio de 1995 no estaban afiliados a ninguna Caja o Fondo de pensiones, como es el caso de la demandante, si no escogieron el RAIS afiliándose a una AFP privada, quedaron automáticamente afiliados al ISS, pues, si las normas anteriores los incorporaron al sistema pensional de la Ley 100 y pudiendo escoger el RAIS no lo hicieron, quedaron incorporados al RPM como afiliados obligatorios al ISS hoy COLPENSIONES, toda vez que no podían quedar excluidos del sistema general de pensiones de la Ley 100

Así entonces, en el caso de la demandante con el fin de materializar su derecho a la seguridad social, al declararse la ineficacia de su afiliación al RAIS, lo que resulta procedente es su afiliación automática al RPM administrado hoy por Colpensiones, con la consecuente orden a dicha entidad, de aceptar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y demás sumas que le sean trasladadas por PROTECCIÓN S.A. y computar dichos aportes como semanas cotizadas al RPM.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES y frente a las cuales la *a quo* determinó que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe a trasladar a COLPENSIONES, los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, tal como lo consagra el artículo 1746 del C.C., sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales, encuentra esta superioridad que, como bien lo manifestó la apoderada de Colpensiones al sustentar su recurso de apelación, tal decisión no se encuentra del todo acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia y por ende debe ser ADICIONADA, en el sentido de indicar que la devolución que deben realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo el valor de las cotizaciones obligatorias, rendimientos, gastos y comisiones de administración, sino también los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones de la

demandante y que fueron destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir que deberá devolver a Colpensiones el 100% de las cotizaciones de la demandante, con sus rendimientos financieros y sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este**, 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 del actor, 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 cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, contrario a lo afirmado por la apoderada de PROTECCIÓN S.A. en su recurso, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de las AFP demandadas, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Ahora, respecto de la orden del juez de devolución a COLPENSIONES de los bonos pensionales, es necesario indicar que en lo concerniente a los bonos pensionales que eventualmente pudieran haberse pagado a favor de la actora, tal decisión resulta desacertada, al menos en lo atinente al bono pensiona tipo A, toda vez que al ser ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional tipo A, y por tal razón, en el hipotético caso que el referido bono hubiese sido pagado, se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

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.

Respecto de la prescripción de las cuotas de administración y los seguros previsionales que plantea la apoderada de PROTECCIÓN S.A. en su recurso, considera la Sala que ella no opera, toda vez que la obligación de restituir estos rubros se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de las sentencias que la declara, por lo que no sería procedente la prescripción de las cuotas de administración, incluyendo lo descontado para el pago de los seguros previsionales.

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

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

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes PROTECCIÓN S.A. por haber sido vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000.

## **7. DECISIÓN:**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 19 de marzo de 2021 proferida por el JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARCELA MARÍA DUQUE MOLINA**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN**

**S.A., ADICIONÁNDOLA** en el sentido de indicar que la devolución que debe realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo el valor de las cotizaciones obligatorias, rendimientos, gastos y comisiones de administración, sino también los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones de la demandante, que fueron destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, al pago de prima de reaseguro de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es decir el 100% de las cotizaciones de la demandante, con sus rendimientos financieros, sin descuento de ninguna índole.

En lo que tiene que ver con la orden del *a quo*, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que pudiera haberse pagado a favor del actor, se precisa que, si se trata de bono tipo A, se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y en favor de la demandante. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido,

Los magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres  
Magistrado  
Sala Laboral  
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

**Jaime Alberto Aristizabal Gomez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**John Jairo Acosta Perez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a119fa0b79f55facf727007474de8caa95e2c67f1342e1c5d39c36bf7067a820**  
Documento generado en 23/06/2022 02:06:24 PM

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