

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 el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, contra la sentencia proferida en primera instancia en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **JOSÉ MANUEL GÓMEZ SARMIENTO**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y las sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-018-2019-00197-01.

AUTO

De conformidad con la sustitución de poder allegada por Colpensiones junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia, se reconoce personería a la abogada ADRIANA DEL ROSARIO OCAMPO MAYA, portadora de la T.P. 135.035 del C. S. de la Judicatura, para que continúe representando los intereses de COLPENSIONES en el presente proceso, en calidad de apoderada sustituta.

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

1. ANTECEDENTES:

El demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la nulidad o subsidiariamente 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 el actor que se afilió al RPM administrado por el ISS desde el 02 de agosto de 1988 y que cotizó allí un total de 546 semanas y que el día 12 de enero de 1995 se trasladó al RAIS a través de la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., trasladándose posteriormente en octubre de 1999 a la AFP PORVENIR S.A.

Expone que el asesor que lo contactó para que se trasladara al RAIS, se limitó a realizar el ofrecimiento de una mesada superior en el RAIS, y a señalarle que el ISS sería liquidado, presentándole únicamente los beneficios de su traslado, pero sin presentarle un escenario comparativo sobre las ventajas y desventajas de cada régimen y sin advertirle los derechos que perdería con el traslado, ni los beneficios de permanecer afiliado al RPM.

Aduce que tampoco le realizó el asesor una proyección cálculo de la pensión que le permitiera conocer en forma comparada la mesada pensional en ambos regímenes, no le indicó sobre la necesidad de negociar su bono pensional en caso de querer acceder a la pensión de vejez de manera anticipada o para establecer el monto de la mesada pensional, nunca le entregó el reglamento de dicho fondo, ni tampoco el plan de pensiones que le permitiera conocer cabalmente las condiciones del RAIS, no lo ilustró sobre su derecho de retracto o sobre la posibilidad de retornar al RPM.

Indica que el 07 de noviembre de 2018 PORVENIR S.A. le aportó el cálculo actuarial por él solicitado, indicándole que a los 62 años su mesada en el RAIS ascendería a la suma de \$6.533.200 y que en cambio en el RPM tendría un valor de \$12.363.000, es decir, una diferencia cercana al 89% superior a la que obtendría en el RAIS, la cual, proyectada con una expectativa de vida de 23 años con posterioridad a los 62 años de edad, equivaldría a \$1.743.110.200, lo cual evidencia que la asesoría entregada en su momento no fue seria, objetiva ni profesional.

Finalmente indica que el 30 de octubre de 2018 radicó ante Colpensiones formulario de afiliación al RPM, solicitud que le fue rechazada en la misma fecha, y que el día 06 de diciembre de 2018 solicitó ante Colpensiones la reactivación de su afiliación en el RPM por nulidad o ineficacia, la cual no le ha sido resuelta.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y condenando en consecuencia a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales en caso de existir, los rendimientos que se hubieran causados, sumas adicionales de las aseguradoras y cuotas de administración, ordenando a COLPENSIONES a reactivar la afiliación del demandante en el RPM, a recibir las sumas antes señaladas y a consolidarlas en la historia laboral del actor.

Para fulminar condena, la *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 inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a los afiliados al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA S.A., que al momento de la afiliación inicial del 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 del demandante al RAIS.

Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, entre ellas la de prescripción.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., apela la sentencia, solicitando que la misma sea revocada y en consecuencia se nieguen las pretensiones de la demanda, indicando que se evidencia que el demandante conocía de los efectos de su traslado entre las administradoras del régimen privado, dado que no es un afiliado lego en la materia

frente al cual pudiera predicarse que no conocía las consecuencias de su acto de traslado, pues el RAIS se rige con base en preceptivas del sector financiero y el actor es especialista en el área financiera y, por lo que claramente tenía conocimiento de lo que estaba firmando en el formulario de afiliación, y además conocía sobre el funcionamiento de los aportes voluntarios y de la heredabilidad de los aportes, según se demuestra con el interrogatorio de parte.

Expone que, si bien no se desconoce la aplicación de la carga dinámica de la prueba en virtud de lo consagrado en el artículo 167 del CGP, y el acatamiento de la jurisprudencia vertical de la SCL de la CSJ, lo cierto es que PORVENIR S.A. se aparta de la misma al considerar que dicha carga probatoria constituye una carga desbordada, ya que nadie está obligado a lo imposible y dicha AFP para el momento de afiliación del demandante cumplió con los deberes establecidos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ya que este manifestó de manera libre y voluntaria en el formulario de afiliación, la selección de su régimen pensional, indicando además que incumbe a quien pretende obtener a su favor un derecho, es decir a quien afirma determinada situación fáctica de la cual se deriva un derecho, es quien se obliga a demostrarla, y no se resume a una mera alegación como ocurre en el presente caso.

Finalmente, solicita revocar la orden de devolver a Colpensiones las cuotas de administración y las primas de seguros y de reaseguro de Fogafín, indicando que las AFP de ambos regímenes pensionales, realizan dichos cobros para el sostenimiento del sistema, los cuales son autorizados por Ley, manifestando además que el demandante durante su afiliación a PORVENIR estuvo cubierto por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por lo que dichos dineros fueron consignados a terceros que realizaron dicha cobertura.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de la parte demandante y de COLPENSIONES allegaron dentro del término de dicho traslado, escritos de alegaciones, en los cuales señalaron textualmente lo siguiente:

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

“[...] Sea lo primero manifestar al despacho, que, a través de estos alegatos, solicito respetuosamente se **CONFIRME y MODIFIQUE** la sentencia del 3 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Diez y Ocho del Circuito de Medellín:

En este sentido la solicitud de confirmar la sentencia en lo atinente con la nulidad de la afiliación o traslado, se fundamenta en que dentro del proceso en mención, se demostró que el demandante el señor José Manuel Gómez Sarmiento, no se le suministró una información clara, suficiente y veraz respecto a las consecuencias legales y económicas que causaría el traslado de régimen, circunstancia tal que derivó en un error en el consentimiento, razón por la cual en ese sentido se reafirma la postura de confirmar la sentencia en lo atinente con la nulidad de la afiliación o traslado.

I. Existió una falta de consentimiento en el trámite de traslado de régimen del señor José Manuel Gómez Sarmiento

En cuanto a la declaración de la nulidad e ineficacia del traslado, es viable indicar, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, en donde se expone el deber de las AFP de brindar una información necesaria, relevante y suficiente relacionada con las consecuencias y características del traslado de régimen, así como que la suscripción del formulario de afiliación al RAIS que se diligencia en el momento del traslado, debe estar ligado de la comprensión de haber recibido una información clara, cierta y oportuna y no se subsana con la simple firma al formato preimpreso como lo argumenta la AFP demandada.

Teniendo en cuenta lo anterior, es de resaltar que la constatación fáctica del deber de información previo al traslado de régimen es ineludible frente a las administradoras de fondos pensionales y no basta con la sola suscripción del formulario de afiliación, en el que se realice una manifestación meramente formal del traslado libre y voluntario, pues por ello es la AFP quien tenía la obligación de demostrar que el acto de afiliación del señor José Manuel Gómez Sarmiento, se trató de un consentimiento informado.

Pues bien en esta medida es importante destacar el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1688 de 2019 de la magistrada Clara Cecilia Dueñas, donde señaló de manera enfática que las administradoras de fondos desde su fundación tienen el deber de entregar información suficiente, transparente, cierta y oportuna, que le permita al afiliado elegir entre las distintas opciones aquella que mejor se le ajuste a sus intereses, igualmente es de resaltar como la afiliación a los fondos se realiza por medio de proformas o un formato que en ningún momento indica que se realizó una proyección financiera o un análisis particular del caso pues en igual sentencia se destaca que la “firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los

formatos preimpresos de los fondos de pensiones es insuficiente para dar por demostrado el deber de información, pues además de ello la entidad administradora de pensiones tiene el deber ineludible de obtener del afiliado un consentimiento informado”.

Así mismo, es de tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en su amplia línea jurisprudencial ha sido enfática en afirmar el deber de información que tienen las administradoras al momento del traslado, el cual tiene su fundamento normativo en la Ley 100 del 93 artículo 13 literal b, en armonía con el artículo 271, quienes establecen que cuando NO se entrega una información plena, veraz, oportuna y completa se sanciona el acto con la ineficacia, lo que conlleva a que dicho acto no produzca efecto alguno. Pues bien debe ponerse de presente como las demandadas en el proceso de la referencia no lograron probar que se le brindara a la accionante una información de dichas características al momento de efectuar el traslado.

Finalmente es de resaltar que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben brindar a sus afiliados la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales y la eventual pérdida de los beneficios pensionales, siendo de allí donde se desprende el deber de información asesoría y buen consejo regulado por el artículo 3 literal C de la ley 1328 del 2009 y el Decreto 241 del 2010, el cual implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los por menores de los regímenes pensionales, esto a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado, acerca de lo que más le conviene y por tanto lo que podría perjudicarle.

III. Solicitud.

Con base en los anteriores argumentos se solicita a ese Honorable Tribunal, se confirme la sentencia de primer grado por las razones anteriormente expuestas.”

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

“Le solicito a los Honorables magistrados, revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto es improcedente autorizar el traslado del accionante del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al del Régimen del Prima Media con Prestación Definida administrado actualmente por COLPENSIONES, lo anterior, de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, a quienes les faltare menos de 10 años para pensionarse, se

encuentran impedidos para efectuar dicho traslado, es por tal motivo que, no sería procedente que se le reconozca la pretensión solicitada. Norma que establece que:

"Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez".

Además de lo anterior, hay que tener en cuenta que estamos en presencia de una situación fáctica y jurídica totalmente ajena a Colpensiones, cuyo actuar siempre estuvo ajustado a derecho y el traslado de régimen no le es imputable a mi representada, sino a decisión y voluntad de la demandante, plasmada con su firma en el documento de afiliación que obra en el proceso.

La demandante bien pudo haber acudido a Colpensiones para solicitar asesoría y no lo hizo. Bien pudo haber preguntado si tenía dudas, o requerimientos al Fondo privado al cual hizo su traslado, y nada de esto hizo, por consiguiente, no hay vicio del consentimiento, y se garantizó su libre escogencia de régimen, lo que conlleva a que no se acceda a las pretensiones de la demanda.

Máxime que tampoco procede su intención de trasladarse estando a menos de 10 años para adquirir su derecho a la pensión tal como lo proscribe la Ley y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por lo anterior les solicito sea revocado el fallo de primera instancia y absolver a la entidad que represento de todo cargo.

Por otro lado, en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, le solicito se confirme con respecto a la devolución de las cuotas de administración, pero se solicita al honorable tribunal, se adicione la sentencia en el sentido de ordenar dicha condena con la respectiva indexación, de conformidad con lo establecido en la sentencia SL 1689 de 2019."

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER.

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo,

en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por el demandante.

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

6. CONSIDERACIONES:

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

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

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

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias

SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia 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 el accionante, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según se desprende de la historia laboral que milita a folios 39 a 42 del expediente (Documento 01 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 12 de enero de 1995 como se evidencia del formulario de vinculación a dicha AFP que milita a folio 68 del expediente, con efectividad a partir del 1° de febrero de dicha anualidad, trasladándose posteriormente a la AFP PORVENIR S.A. el día 26 de octubre de 1999, tal y como se advierte del certificado SIAFP que militan a folios 72, (Documento 01 del expediente digital).

De otra parte, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1° de abril de 1994 con 40 o más años o 15 años de servicios, ello no es óbice para que la AFP COLMENA S.A.

hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1995 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:28:26 del video de la audiencia de trámite y juzgamiento (documento 09 del expediente digital), no se advierte que, además de indicar que funcionarios del área de talento humano del Banco Caja Social donde él laboraba para 1995, le manifestaron que le era mucho más beneficioso trasladarse a COLMENA, dado que el ISS se iba a acabar y que en el fondo privado iba a tener una mejor pensión, y además que dicho fondo pertenecía también a la Fundación Social propietaria del Banco Caja Social, este haya confesado que al momento de su traslado de régimen 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, como bien lo manifestó la Juez de primera instancia, y contrario a lo señalado por el recurrente, ha señalado claramente la Jurisprudencia de la SCL de la CSJ que para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP PROTECCIÓN S.A. antes AFP COLMENA S.A. siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1995 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., sin que resulte relevante en este caso la formación profesional del demandante, pues ello no exime a las AFP de su deber de información.

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 PORVENIR S.A. debe

trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales en caso de existir, los rendimientos que se hubieran causados, sumas adicionales de las aseguradoras y cuotas de administración, encuentra la Sala que la orden impartida por la *a quo*, 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 sede de consulta en favor de Colpensiones, en el sentido de indicar que la devolución que deben realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo el valor de las cotizaciones, los rendimientos financieros causados, las sumas adicionales de las aseguradoras y las cuotas de administración, sino también los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones del 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, y además en el sentido de indicar que la AFP PROTECCIÓN S.A. deberá devolver a COLPENSIONES las sumas que en su momento descontó de las cotizaciones del demandante durante el tiempo en que este estuvo afiliado a la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. y que fueron destinadas a comisiones de administración, al 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 ambas AFP demandadas, deberán devolver a Colpensiones el 100% de las cotizaciones del 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 el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Teniendo en cuenta lo anterior, y contrario a lo manifestado por el recurrente, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deba 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.

De otra parte, respecto de la solicitud del apoderado de COLPENSIONES en los alegatos de esta instancia, en el sentido que se ordene la devolución indexada de las cuotas de administración, y cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, el

porcentaje destinado al pago de seguros provisionales, esta es una cuestión que debió plantearse en la contestación de la demanda o cuando menos, en el recurso de apelación, de manera que una decisión en tal sentido implicaría decidir más allá de lo pedido, lo que resulta improcedente en la sentencias de segunda instancia, pues fue un asunto que las partes no tuvieron la oportunidad de debatir en el proceso y por ello no se resolverá sobre este solicitud.

Respecto de la afirmación expuesta por la apoderada 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 el actor, sino la nulidad o ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

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.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la orden del *a quo*, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haber pagado a favor del actor, tal decisión resulta desacertada, toda vez que al ser ineficaz la afiliación del demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional, al menos el tipo A, y por tal razón, si el referido bono fue pagado se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

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 PORVENIR S.A. por haber resultado 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 03 de diciembre de 2020 proferida por el JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **JOSÉ MANUEL GÓMEZ SARMIENTO**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, y las sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **ADICIONÁNDOLA** en el sentido de indicar que la devolución que deben realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir no solo el valor de las cotizaciones, los rendimientos financieros causados, las sumas adicionales de las aseguradoras y las cuotas de administración, sino también los porcentajes que en su momento fueron descontados por dicha AFP de las cotizaciones del 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.

Se **ADICIONA** también la sentencia de primera instancia, en el sentido de DECLARAR que la AFP PROTECCIÓN S.A. deberá devolver a COLPENSIONES las sumas que en su momento descontó de las cotizaciones del demandante durante el tiempo en que este estuvo afiliado a la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., que fueron destinadas a comisiones de administración, al 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.

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 PORVENIR S.A. y a favor del 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: **f545f5d812870a5221f8e70b7dd70967f70718519ec00962c04a4350f2c2ee73**

Documento generado en 23/06/2022 02:05:43 PM

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