

## 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 para revisar en el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES, la sentencia de primera instancia proferida en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **NORMAN RESTREPO SANTANA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y de la sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-001-2019-00366-01.

### AUTO

De conformidad con la sustitución de poder allegada vía correo electrónico por la apoderada principal de COLPENSIONES, se reconoce personería para representar a dicha entidad en calidad de apoderada sustituta a la abogada **LEIDY VANESSA GARCÉS MENDOZA**, portadora de la tarjeta profesional N°254.414 del Consejo Superior 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:

El demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la nulidad de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por COLPENSIONES y la devolución de las sumas cotizadas en dicho régimen.

**Como fundamentos fácticos de sus pretensiones**, relata el actor en síntesis que estuvo afiliado al extinto ISS desde agosto de 1996 y que en el mes de marzo de 2001 suscribió formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladándose así del RPM al RAIS.

Indica que PROTECCIÓN S.A. al momento de su traslado incumplió con su deber de información, dado que no se le explicaron de manera clara y precisa los riesgos y beneficios del RAIS frente al RPM, no se le informó sobre el monto de su pensión en el RAIS, no se le indicó que la obtención de dicha pensión en el RAIS obedecía al capital ahorrado. y en general no le entregó una asesoría completa que le permitiera tener un contexto claro acerca de las condiciones de su pensión al terminar su vida laboral.

Finalmente indica que, en marzo de 2019, Colpensiones resolvió su solicitud de traslado al RPM, indicándole que no era procedente efectuar dicho traslado en razón de su edad, quedando de esa forma agotada la reclamación administrativa.

## **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 ordenando en consecuencia a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual del demandante; incluidos los porcentajes descontados por prima de reaseguros o seguros previsionales y garantía de pensión mínima, estos últimos debidamente indexados, ordenando además a COLPENSIONES a tener como válidamente afiliado al RPM al demandante y homologar las semanas cotizadas en el RAIS.

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 pensionales, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia 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 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.

Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, entre ellas la de prescripción, condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. y absolvió de las mismas a Colpensiones.

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

la sentencia fue apelada por los apoderados judiciales de PROTECCIÓN S.A. y de COLPENSIONES, en los siguientes términos:

#### **APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.**

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., apela parcialmente la sentencia en lo que tiene que ver con la orden de devolver a Colpensiones las primas de reaseguros o seguros previsionales, dado que dichos descuentos se realizaron con autorización legal y operan en ambos regímenes pensionales.

Expone que cuando se suscribe un formulario de afiliación a un régimen de pensiones, como en este caso el RAIS, se suscribe para la protección, no solo del riesgo de vejez sino de otros siniestros como la invalidez o la sobrevivencia, donde PROTECCIÓN S.A. le ha girado unos dineros a una compañía aseguradora para que esta pagara una suma adicional con el fin de financiar una eventual pensión por dichos conceptos, prima que fue pagada mes a mes a dicha aseguradora durante todo el tiempo de afiliación del demandante al RAIS, estando PROTECCIÓN imposibilitada para solicitar una devolución de dichas sumas para trasladarlas a COLPENSIONES, toda vez que la aseguradora en este caso es un tercero de buena fe que nada tiene que ver con el contrato suscrito entre el demandante y PROTECCIÓN S.A.

Aduce que sobre los terceros de buena fe cuando se declara la nulidad o ineficacia del negocio jurídico, se pronunció la Sala de Descongestión Laboral de la CSJ en sentencia SL2324 de 2019 con ponencia de la Magistrada Ana María Muñoz Segura, en la cual manifestó que las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendida a los terceros y que la devolución de aportes no supone una retroactividad plena y en ese sentido deben mantenerse todas las situaciones consolidadas que se presumieron

de buena fe, máxime como en este caso los descuentos para el pago de las primas de seguros se realizaron bajo un mandato legal y cumpliendo la normatividad vigente.

Finalmente expone que de mantenerse la condena impartida por la *a quo*, y de tener que asumir PROTECCIÓN estos valores con su propio patrimonio, se estaría ante una condena en perjuicios contra el patrimonio de la AFP, la cual tendría que analizarse a la luz de una responsabilidad civil, con los elementos propios de esta, señalando que en el presente proceso no fue objeto de prueba y no quedó demostrado la causación de perjuicios, toda vez que la inversión de la carga de la prueba operó frente a la pretensión de la ineficacia o nulidad de la afiliación y no frente a un tema de perjuicios que no fueron demostrados por la parte demandante.

### **APELACIÓN DE COLPENSIONES.**

La apoderada de Colpensiones, apela la sentencia solicitando que sea revocada en su integridad, señalando que en el presente caso se evidencia por parte del demandante una total negligencia y una falta de diligencia y cuidado respecto a su futuro pensional, pues si bien en el interrogatorio de parte adujo que elevó en el año 2011 solicitud de corrección de historia laboral, solo hasta el año 2019 es que se solicita a PROTECCIÓN S.A. copia de las proyecciones pensionales y reasesorías.

Expone que ese incumplimiento de los deberes que le impone el estatuto del consumidor, y esa falta de diligencia y cuidado, lo que genera es que se asuma de manera tácita su condición de permanencia en el RAIS, indicando además que en el presente asunto se evidencia también una responsabilidad del empleador quien es el que induce al demandante al traslado.

Aduce que con estas ineficacias de traslado se quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, en tanto COLPENSIONES maneja unos recursos públicos que pueden verse afectados con dichas declaratorias de ineficacia.

Manifiesta que el demandante se limita a realizar una serie de afirmaciones y no tiene una expectativa pensional definida, sin que se pruebe tampoco cuáles son las afectaciones que se le causan al estilo de vida del demandante con la diferencia en las mesadas que tendría en el RPM, señalando que la diferencia en la mesada pensional tampoco puede ser un factor para declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente solicita que de confirmarse la decisión se absuelva a Colpensiones de costas procesales teniendo en cuenta la conducta asumida por la entidad.

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

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

“ En este contexto y una vez estudiados los hechos de la demanda, las pretensiones planteadas por la parte demandante y el material probatorio relacionado, aportado y desarrollado en el trámite de primera instancia, no hay discusión que el señor **NORMAN RESTREPO SANTANA**, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. **8.677.243** nació el **06 de mayo de 1954**, por lo que a la fecha de presentación de este escrito cuenta con **68** años, que presentó demanda ordinaria laboral solicitando se declarara la Ineficacia de la afiliación efectuada por aquel el **01 marzo de 2001** a la PROTECCIÓN S.A.

Respecto de las solicitudes del demandante, aquel solicita que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado, se declare que siempre ha estado afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es decir, que la vinculación de este y mi representada ha sido sin solución de continuidad, así mismo, solicita que se ordene a la demandada Protección S.A trasladar la totalidad de las sumas de dinero depositadas por el afiliado incluidos los rendimientos sin ningún tipo de descuento por cuotas de administración, así mismo solicita que se acepte por parte de mi representada el retorno del demandante al régimen de Prima Media o mejor dicho de otra manera, que se tenga en cuenta que el actor siempre ha permanecido afiliado al régimen administrado por mi representada.

Luego del trámite procesal impartido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia de primera instancia, declara la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS y reconoce las pretensiones realizadas por el señor **NORMAN RESTREPO SANTANA**, ordenando a Colpensiones tener válidamente afiliado al actor al Régimen de Prima Media, homologar las semanas cotizadas por aquel y ordena a la AFP demandada a devolver a mi representada los recursos pertenecientes a la cuenta individual incluyendo los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales debidamente indexados.

De acuerdo con lo anterior y para empezar a desarrollar las alegaciones de instancia, se empezará por exponer el concepto de nulidad e ineficacia de forma breve para luego, ir descendiendo a cada uno de los puntos en los cuales la entidad que represento acoge los planteamientos dados por la H. Corte Constitucional vs las interpretaciones dadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en material laboral.

### **CONCEPTO DE NULIDAD.**

La nulidad en materia de traslado de régimen pensional ha venido siendo materializada como el efecto o consecuencia jurídica que genera la declaratoria de ineficacia de la vinculación o traslado de régimen pensional principalmente del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, generando como consecuencia la conservación de los derechos de acceder a la prestación pensional por ser un derecho de rango constitucional, cuyo objetivo principal consiste en el “retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social (...). CSJ. SL 31989 de 2008.

Partiendo de la base que los anteriores argumentos son los fundamentos legales para permitir el traslado de régimen de seguridad social, veremos si el desarrollo jurisprudencial de dichas figuras son interpretaciones garantistas que afectan los intereses de la entidad y se encuentran en contravía del ordenamiento, el principio de legalidad, seguridad jurídica y sostenibilidad fiscal del fondo de pensión bajo la excusa de garantías de derechos fundamentales del acceso al sistema de seguridad social de los afiliados.

### **CONCEPTO DE INEFICACIA.**

El presente asunto se abordará dando una breve explicación de la definición general del concepto de INEFICACIA concepto según la RAE, proviene de la falta de eficacia, que a su vez se traduce en la “Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”.

En materia legal y jurisprudencial dicho concepto se encuentra relacionado con los efectos jurídicos de existencia y validez que pueda generar un acto o negocio jurídico

previamente establecido, por tanto, se manejan dos definiciones en sentido estricto e ineficacia en sentido amplio:

“La ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido.”

“Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad” (C-345/2017).

Como conclusión sobre estos conceptos, se evidencia que por su naturaleza no son equiparables entre sí; por cuanto el primero, la nulidad, se traduce simplemente en que el vínculo jurídico nunca nació a la vida jurídica y la ineficacia hace referencia a la legalidad del acto de la vinculación y sus efectos hacia el futuro una vez sea.

En lo referente al traslado de régimen pensional, la facultad de migrar de un régimen pensional a otro surge por disposición del artículo 13, literal e de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003 donde señaló “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; (aparte subrayado condicionado bajo el entendido que “las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste en cualquier tiempo, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002).

La Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, en esta clase de procesos judiciales, sumado a los esfuerzos de buscar nuevos argumentos que

permitan contrarrestar los inconvenientes y perjuicios que se han generado producto de sentencias judiciales donde se ordena a la entidad recibir y reconocer prestaciones pensionales a personas que de tiempo atrás decidieron trasladar sus aportes al régimen de ahorro individual, ha encontrado que se viene dando una indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional.

Así las cosas se ha evidenciado que, en los fallos relacionados con la nulidad o ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, se censura que la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, no proporcionó al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las implicaciones del traslado, desconociendo que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas en el tiempo así:

- 1) Primera Etapa: el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estableció en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de “ suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.
- 2) Segunda etapa: La ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, reglamentaron los derechos de los consumidores (precisando los principios y el contenido básico de la información) y establecieron el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones.
- 3) Tercera etapa: la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N. 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, establecieron que los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a la doble asesoría, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes, esto es, a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, con el fin de que se formen un juicio imparcial y objetivo sobre las características, fortalezas y debilidades de cada uno, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

Por lo anterior, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; por ello, 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, pues ellos 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 Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Ahora y teniendo en cuenta los fallos que a propósito del tema objeto de litigio se han venido profiriendo, se solicita con todo respeto considerar lo indicado por la H. Corte Constitucional en sentencias **C-1024 de 2004**, **SU-062 de 2010**, donde manifestó que nadie puede resultar beneficiario a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

Adicionalmente, se recordó que, “el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, **no constituye un derecho absoluto**, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato”. Por lo tanto, el derecho a trasladarse NO es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

Desconocer el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones (Art. 48 C.P. adicionado por el art. 1 del Acto Legislativo 01 de 2005) al declarar la ineficacia del traslado de un afiliado del RPMPD al RAIS, pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados; así lo reconoció la Corte Constitucional en providencia **T 489/2010**, por ello, solicito respetuosamente se absuelva a mí representada de las peticiones plasmadas en la demanda.

Por lo anterior y valorando la atención prestada de los Honorables magistrados, se dejan establecidos los anteriores alegatos de conclusión no sin antes insistir en la oposición a las pretensiones de la demanda y por ello, la decisión que adopte en el asunto el H. Tribunal Superior de Medellín debe estar orientada a que se absuelva a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de toda solicitud de declaración de nulidad y/o ineficacia de traslado así como la obligación de tener válidamente afiliado al actor al Régimen de Prima Media.

Finalmente y en caso de confirmar el fallo de instancia, la suscrita comedidamente solicita que el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín sea adicionado para que en su lugar, el Honorable tribunal Superior de Medellín en representación del ponente se sirva adicionar lo ordenado en la resolutive de la providencia de primera instancia y ordene a **PROTECCIÓN S.A.** devolver a

Colpensiones los conceptos que paso a mencionar, ello en consideración a que al declararse la Ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante; por lo que es legítimo que la referida administradora traslade a Colpensiones el 100% de los aportes obligatorios efectuados por el demandante, esto es, se ordene el traslado de las sumas correspondientes al saldo de la cuenta de ahorro individual, los gastos o cuotas de administración, los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los seguros previsionales tal cual lo concluyó la Juez de instancia, pero incluyendo además las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguro de Fogafín, frutos e intereses, lo concerniente al bono pensional del demandante y los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional causados durante el tiempo en que el señor **NORMAN RESTREPO SANTANA** estuvo afiliado a la Administradora del RAIS debidamente indexadas para que con ello, se evite causar cualquier tipo de perjuicio o detrimento económico a mi representada frente a un eventual reconocimiento prestacional a favor del demandante, por ello, se requiere que los dineros trasladados sean totales y suficientes para soportar el pago de una pensión, es por el anterior motivo que no se debería permitir a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías demandada guardar o tener en su haber económico algún concepto relacionado con la administración de los recursos ahorrados por el afiliado pues tales devoluciones independientemente de que la administración se haya realizado de buena fe, son consecuencia de la declaratoria de ineficacia.

Estas solicitudes señor magistrado, guardan directa relación con los fallos proferidos por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencias como la identificada con Radicado 31.989 del 9 de septiembre de 2008, y más recientemente en las Sentencias Laborales 4.989 y 4.964 del 14 de noviembre de 2018, y en la 1.688 del 8 de mayo de 2019, Radicado 68.838 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. “

## **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 las apelaciones de PROTECCIÓN 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 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, se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 22 de enero de 2001, como se acredita con el certificado emitido por Colpensiones que milita a folios 15 del expediente, (Documento 02 del expediente digital) y la historia laboral válida para bono pensional emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público obrante a folios 127 y 128, con efectividad al 1° de marzo de 2001, como se acredita con el formulario de afiliación a dicho fondo y el certificado SIAFP que militan a folio 129.

De otra parte, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para el 1° de abril de 1994 aun no registraba afiliación al RPM administrado por el extinto ISS, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 2001 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 00:19:15 del video de la audiencia de conciliación y trámite (documento 5 del expediente digital), no se advierte que, además de indicar que su traslado al RAIS fue decisión de su empleador y que medió para ello asesoría de ningún tipo, este 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, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente, pues indicar las olas bondades del RAIS, sin hacer un comparativo con el RPM, no puede considerarse una asesoría suficiente.

Ahora, como lo señaló la *a quo*, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa 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., siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión del *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 2001 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PROTECCIÓN S.A., sin que resulten de recibo los argumentos expuestos por la apoderada de Colpensiones en su recurso, respecto a la negligencia y la falta de diligencia y cuidado del actor o a la responsabilidad del empleador del demandante en el traslado de régimen pensional, o el valor de la mesada pensional que vaya a corresponder al demandante en uno u otro régimen y la afectación a su vida que ello pueda producir, pues como ha quedado claro en esta jurisprudencia, ninguno de estos factores enunciados por la recurrente generó la ineficacia del acto jurídico de traslado, dado que la misma es producto de la inobservancia del deber de información que la AFP tenía a su cargo desde el momento mismo de su creación.

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 PROTECCIÓN S.A. debe trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual del demandante; incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, prima de reaseguros o seguros previsionales y garantía de pensión mínima, estos últimos debidamente indexados, encuentra la Sala que, la orden impartida por la *a quo*,

se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, y por tal razón debe ser confirmada y en consecuencia deben devolverse a Colpensiones el 100% del valor de las cotizaciones, con sus rendimientos financieros, sin descuento de ninguna índole, pues contrario a lo manifestado por la apoderada de PROTECCIÓN S.A. en su recurso de apelación, al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotizaciones del demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, sin que la devolución de dichas sumas puedan asumirse como una condena en perjuicios contra el patrimonio de la AFP, susceptible de ser analizada a la luz de una responsabilidad civil, con los elementos propios de esta, pues por una parte, en la sentencia no se ordena en lo absoluto el reconocimiento y pago de algún perjuicio en favor del demandante y por otra, la devolución no supone un castigo, sino una consecuencia lógica de la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado.

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 cuando 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 la apoderada de PROTECCIÓN S.A., al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto de no afectar a terceros de buena fe como las aseguradoras previsionales, que las sumas que mes a mes les fueron sufragadas a dichas aseguradoras 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 al pronunciamiento realizado por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2324 de 2019, en la cual se indicó que la devolución de aportes no supone una retroactividad plena y en ese sentido deben mantenerse todas las situaciones consolidadas que se presumieron de buena fe, ha de señalarse que dicha Sala de descongestión no tiene la facultad para variar la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, habiéndose pronunciado ya esta Corte en su Sala permanente en el sentido que las AFP deben responder con su propio patrimonio por los gastos de administración en los que hayan incurrido producto del incumplimiento del deber de información.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por Colpensiones 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 se afirma en la apelación de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS y la reactivación la afiliación al RPM, atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema, en tanto COLPENSIONES maneja unos recursos públicos que pueden verse afectados con dichas declaratorias de ineficacia

Respecto del anterior argumento, se ha de manifestar, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que el actor estuvo afiliado al RPM era beneficiario de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las norma legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, pues a este principio el que se tiene que someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

De otra parte, el hecho que el actor regrese al RPM, de COLPENSIONES, no necesariamente le va a causar una carga financiera a esta entidad o mejor a los recursos del fondo común de los afiliados, por un mayor monto de la pensión en el RPM, pues en primer lugar no se encuentra probado en el proceso, que la pensión en el RPM vaya a ser superior a la del RAIS, y en segundo lugar el monto de la pensión de vejez, tanto en el RAIS como en el RPM depende de muchas situaciones de hecho ciertas y de voluntad del afiliado, que no están plenamente probadas en ese proceso, y otras que incluso pertenecen al mundo del azar, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en que el monto de la pensión en el RAIS sea reducido, o si por ejemplo en el RPM por azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando como independiente con el IBC en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

Pero, es más, eventualmente pudiera suceder que un afiliado al RPM, fallezca sin que tengan beneficiarios que legalmente puedan acceder a las prestaciones de sobrevivientes y en tal caso, los dineros de sus cotizaciones, queden en el fondo



común de COLPENSIONES. También puede suceder que el afiliado no alcance a obtener la pensión de vejez, sino la indemnización sustitutiva, la que es evidentemente inferior al monto de las cotizaciones con sus rendimientos. Igualmente puede suceder que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, y que los dineros con los que contribuyó al fondo común no se hayan agotado, caso en el cual el saldo no utilizado queda perteneciendo al fondo común, lo que no pasa en el RAIS, pues los dineros deben ser entregados a los herederos.

Finalmente, respecto del argumento en la apelación de COLPENSIONES, que el demandante se limita a realizar una serie de afirmaciones y no tiene una expectativa pensional definida, sin que se pruebe tampoco cuáles son las afectaciones que se le causan al estilo de vida del demandante con la diferencia en las mesadas que tendría en el RPM, señalando que la diferencia en la mesada pensional tampoco puede ser un factor para declarar la ineficacia del traslado, tal argumento no puede ser base para revocar la sentencia de primera instancia, pues la ineficacia del traslado de régimen pensional, no se funda en la diferencia que pueda haber o no en el monto de la pensión del afiliado en el RAIS o el COLPENSIONES, sino en la falta de asesoría de la AFP al momento del traslado, como ya se explicó.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y de COLPENSIONES por haber sido vencidas 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, de la que responden las demandadas en partes iguales.

Respecto de la anterior, condena en costas, la Sala, no acoge la solicitud de COLPENSIONES, efectuada en la apelación, que en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia no se le condene en costas, pues el Artículo 365 del CGP claramente establece, que se condenará en costas, a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, y COLPENSIONES resulto vencida totalmente en la apelación.

## **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 23 de marzo de 2021 proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **NORMAN RESTREPO SANTANA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** y de la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

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

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: **0dbffd989e0dfdbe98a6507f08b7bf3848907a6496ac5a0db9925ed0b37e44e2**

Documento generado en 23/06/2022 02:05:55 PM

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