

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 la señora **DAMARIS YAMILE MURGUEITIO PUERTA**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-001-2019-00421-01.

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 GARCES 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:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia o en subsidio 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.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que se afilió al RPM administrado por el ISS desde el 1° de julio de 1995 y que a partir del 02 de julio de 1996 se trasladó al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A.

Expone que su traslado al RAIS se dio sin que mediara asesoría alguna, dado que se realizó a instancias del área de recursos humanos de su entonces empleador CONAVI S.A., diligenciando allí el formulario de vinculación, sin existir ningún tipo de asesoría por parte de personal de PROTECCIÓN S.A.

Finalmente aduce que presentó ante Colpensiones solicitud de traslado al RPM, la cual le fue negada argumentando que le faltaban menos de diez años para pensionarse.

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 de la demandante; así como los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y primas de reaseguro, 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 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.

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. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

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

Indica que como prueba se allegó al plenario el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, en el cual se evidencia que los aportes de la demandante tuvieron una ganancia, lo cual da cuenta a su vez de que dichos aportes estuvieron bien administrados por PROTECCIÓN S.A., y en ese sentido, la condena que obliga a dicha AFP a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual en su integridad, es decir, con los rendimientos y además la comisión de administración, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y de la misma demandante, por recibir estos un dinero que no está destinado a la pensión de vejez de la afiliada, y además los rendimientos generados por la cuenta, los cuales son fruto de la gestión de administración que PROTECCIÓN ha realizado durante el tiempo en que la demandante ha estado afiliada, por lo cual tiene derecho a conservar dichas comisiones de administración como restitución mutua, sin que exista razón para tener que trasladarla a Colpensiones.

En lo que tiene que ver con la prima del seguro previsional, ese dinero ya fue girado a una compañía aseguradora para que en caso de existir un siniestro por sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pague la 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 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 el litigio en el presente proceso verso sobre la declaratoria de ineficacia y no respecto de una eventual condena en perjuicios,

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, las apoderadas judiciales de COLPENSIONES y de la demandante, allegaron escritos de alegaciones, en los cual señalaron textualmente lo siguiente:

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

“ [...] En trámite del proceso quedó probada **la falta de información** veraz, clara y oportuna por parte de la AFP cuando realizó el traslado de Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual y con posterioridad a dicho traslado, tal situación fue avizorada por el A quo y consolidada en la sentencia.

La actividad realizada por las Administradoras de Fondos de Pensiones tiene regulación estricta en cuanto a la información que deben suministrar a los usuarios, la misma no puede ser parcializada, a medias presentando únicamente un listado de beneficios, por el contrario, la misma debe ser dispuesta con la mayor transparencia claridad y veracidad para que a través de un juicio claro y objetivo el usuario o potencial afiliado tome la mejor decisión.

Tales regulaciones se encuentran desde el Estatuto Orgánico Financiero, la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, por lo que no puede entonces ampararse la AFP en una asesoría meramente formal en la que no fueron analizados el caso particular de la demandante.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha generado línea jurisprudencial en sentencias con radicación 31.989 y 31.314 de 2008, 33.083 de 2011, 46.292 de 2014, 55.055 de 2015, 47.125 y 49.192 de 2017, indicando las pautas o reglas con las que se debe analizar la asesoría a cargo de las AFP.

En sentencia radicado 33083 de 2011 expedida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, se indicó entre otros lo siguiente: *“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares”*

En el proceso que nos convoca quedó probada entonces la falta de información en los términos legales y jurisprudenciales exigidos a la AFP para la vinculación de la señora Damaris Yamile, situación que llevó al juzgador de instancia a declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual realizada con la AFP PROTECCIÓN S.A.

Atendiendo entonces a los elementos planteados se solicita sea **CONFIRMADA** en su totalidad la sentencia de primera instancia.”

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

“ [...] 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” (C345/2017).

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, 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 del Honorable magistrado, 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 afiliada a la actora 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 la 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 de la demandante y los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional, causados durante el tiempo en que la señora **DAMARIS YAMILE MURGUEITIO PUERTA** estuvo afiliada 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 de la demandante, por ello, se requiere que los dineros trasladados sean totales y suficientes para soportar el pago de una pensión, por ello, 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 respetada magistrada 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 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 la apelación de PROTECCIÓN 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 de la 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.

En el presente asunto, está probado, que la accionante, habiendo sido afiliada al ISS en su calidad de empleada publica al servicio del Municipio de Medellín, como se prueba con la historia laboral que milita a folios 28 y 29 del expediente (Documento 04 del expediente digital), se trasladó al RAIS a través de la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 02 de julio de 1996, según se observa en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 20 y 73 del plenario (Documentos 04 y 07 del expediente digital), con efectividad a partir del 1° de septiembre de 1996, como se prueba con el certificado SIAFP que milita a folio 75(Documento 07 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 en su calidad de empleada pública vinculada al MUNICIPIO DE MEDELLÍN, no contaba para el 30 de junio de 1995 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 1996 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 la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto

00:15:44 del video de la audiencia de conciliación y trámite (documento 04 del expediente digital), no se advierte que, esta 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, pues por el contrario, adujo que la suscripción del formulario de vinculación a PROTECCIÓN S.A. se dio a través de la oficina de recursos humanos de CONAVI S.A. donde ingresó a laborar, sin que para ello mediara la presencia de un asesor de PROTECCIÓN S.A.

Ahora, como bien lo sostuvo la Juez de primera instancia, 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., 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 la demandante en el año 1996 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PROTECCIÓN S.A.

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 de la demandante; así como los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y primas de reaseguro, 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 y sin descuento de ninguna índole, pues contrario a lo manifestado por la apoderada de PROTECCIÓN 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 de la 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, 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 del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, o de no afectar a terceros de buena fe como las aseguradoras previsionales, 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 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 Corte, 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, incluidos los pagos por concepto de primas de seguros previsionales, 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.

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. 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 08 de marzo de 2021 proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **DAMARIS YAMILE MURGUEITIO PUERTA** en contra de 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 en favor de la demandante. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, 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: **8cadd1fc166d5abddbf18b586c89d8fa03a783852b64f4a392867fc47c2a18d2**
Documento generado en 23/06/2022 02:06:05 PM

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