

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Luz Elena Maya Arbeláez
DEMANDADO	AFP Protección S.A. COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 014 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 <b>014 2018 0501</b> 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 062 de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Modifica equivalencias

En la fecha, **veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por el apoderada judicial de la **AFP Protección S.A.**, y grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones**, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Catorce laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario contra estas entidades promovido por **Luz Elena Maya Arbeláez**, código de radicado único nacional 05001 3105 **014 2018 00501** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con los acuerdos del Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, sometió a consideración de los restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado virtualmente en acta N°. **010**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

## **Antecedentes**

Para lo que interesa a esta instancia y dado el desistimiento presentado en primera, se tiene que las pretensiones de la demandante se orientan a obtener la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD al RAIS a través de la AFP Protección S.A., en consecuencia, se le ordene a dicha AFP trasladar a Colpensiones los aportes con sus rendimientos financieros, y a esta a recibirlos y aceptar la afiliación. También pide condena en costas.

En sustento de ello afirma que nació el 16 de mayo de 1963, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida el 6 de enero de 1988, trasladándose al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A., cuando un asesor comercial la abordó y le indicó, sin realizarle un análisis de la pensión, ni explicarle las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, la forma de liquidar la prestación, modalidades de uno y otro régimen, que en dicho fondo se pensionaría con una mesada más alta, omitiendo brindarle una información adecuada, lo cual lleva a que el formulario de afiliación carezca de validez, al haber no haber sido firmado mediante un consentimiento libre, espontaneo e informado, y a pesar de efectuarse reasesoría pensional, la misma fue firmada en blanco, ingresando el asesor los datos con posterioridad y sin tener ella conocimiento de los mismos; que solicitó una proyección pensional, respondiendo la entidad que no alcanzaría a tener derecho a una mesada en el RAIS, por lo que de haber sabido las consecuencias que le acarrearía su traslado, no lo hubiera efectuado, razón por la cual solicitó ante Colpensiones la ineficacia de la afiliación el 16 de julio de 2018, sin obtener respuesta a la fecha de presentación de la demanda.

En auto del 21 de agosto de 2018 se admitió y ordenó dar trámite a la acción. Enteradas de tal actuación las entidades demandadas allegaron pronunciamiento así:

**Colpensiones** acepta como cierta la fecha de nacimiento de la demandante, pues así se acredita con copia de su cédula de ciudadanía; es cierto que estuvo afiliada al RPMPD de acuerdo con la historia laboral allegada al trámite, actualizada al 25 de septiembre de 2017, donde se reflejan 245,57 semanas cotizadas entre el 6 de enero de 1988 y el 30 de noviembre de 1998, admite que el 16 de julio de 2018 radicó solicitud de inejecución o nulidad de su traslado, los demás supuestos no le constan. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las **excepciones** de improcedencia de la nulidad de traslado de régimen pensional, inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al RPMPD por falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y la genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, admite la fecha de nacimiento de la demandante conforme a la cédula de ciudadanía aportada, la vinculación al régimen de ahorro individual al haber firmado de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación el 5 de junio de 1998, la solicitud de proyección de la pensión y la respuesta dada; frente a los demás supuestos de hecho manifiesta no constarle o no ser ciertos, aclarando que la entidad siempre ha contado con personal idóneo, a los cuales se les brinda capacitación permanente y educación sobre todos los aspectos del régimen de ahorro individual, a fin de que puedan brindar una asesoría adecuada y responsable, y así ilustren a los posibles afiliados, sin que pueda hablarse de ventajas y desventajas de uno y otro régimen, pues, como se le explicó a la actora al momento de la vinculación, son regímenes diferentes y excluyentes entre sí, y por ello, la favorabilidad depende de cada caso particular y de las expectativas pensionales de cada afiliado, pudiéndose afirmar que la asesoría brindada fue totalmente objetiva e integral, se le pusieron de presente las características de los dos fondos, y la diferencia entre los mismos, correspondiéndole a la actora, de acuerdo con la información brindada, realizar su propio juicio de convencimiento, el cual, la

llevó a elegir la administradora de manera libre, voluntaria e informada, plasmando en señal de conocimiento y aceptación, la firma en el formulario de afiliación, sumado a que uno de los beneficios del RAIS es pensionarse antes de la edad, lo cual, se le puso en conocimiento a la actora, sin que ello constituya un engaño. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, e innominada o genérica.

La primera instancia terminó con **sentencia** proferida por el **Juzgado Catorce Laboral del Circuito**, en la que declaró la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS, administrado por Protección S.A., condenado a esta sociedad a trasladar, con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la decisión, el valor de la cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones y comisiones de administración causadas a partir del 01 de agosto de 1998, con los rendimientos, **como si hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media**, y ordenó a Colpensiones la recepción de tales dineros, condenando a reactivar la afiliación de la actora al RPMPD sin solución de continuidad. Ordenó a Protección S.A. comunicar la decisión al Ministerio de Hacienda y Crédito Público OBP una vez cobre ejecutoria la sentencia. Declaró no probadas las excepciones e impuso costas a cargo de Protección S.A., y en favor de la demandante.

Argumentó el fallador que en los autos no quedó acreditado el cumplimiento del deber de información por parte de Protección S.A. frente a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, resultando por tanto procedente la declaratoria de ineficacia, teniendo en cuenta que se cumplen las subreglas decantadas por la jurisprudencia especializada, sin que el acto de reasesoría convalide la afiliación tal y como

se ha indicado por parte del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, resaltando que en el mismo, se llegó a la conclusión de que la actora tendría derecho a la devolución de saldos, disponiendo así el retorno al régimen de prima media con el correspondiente traslado por parte del fondo privado de las cotizaciones, rendimientos financieros, y comisiones de administración.

### **Recurso de apelación**

Fue oportunamente interpuesto por la apoderada de la **AFP Protección S.A.**, pidiendo se revoque la decisión, en cuanto condenó a la devolución de cuotas de administración, indicando para ello que, la deducción de dicho concepto se realizó acatando una disposición legal, valida, exequible, aplicable y vigente, agregando que de ordenarse el traslado de los mismos, se debe absolver a la entidad de entregar los rendimientos financieros, pues, fue el producto de la buena administración la que los generó.

De la oportunidad para presentar alegaciones hizo uso **Protección S.A.**, indicando que no es procedente la devolución de la comisión de administración, dado que, son descuentos autorizados por ley, los cuales se usan para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima de seguros previsionales, adicional a que existen unos rendimientos financieros los cuales dan cuenta de la buena administración, por lo que una orden de devolución de dichos rubros contribuiría a un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones y un detrimento patrimonial a cargo del fondo. Finalmente indica que frente a los gastos de administración operó el fenómeno extintivo de la prescripción.

**Colpensiones**, solicita que en caso de confirmarse la decisión en cuanto declaró la ineficacia de la afiliación se ordene la devolución de los aportes, rendimientos, frutos e intereses, y las cuotas de administración.

En orden a decidir, basten las siguientes,

## **Consideraciones**

Teniendo en cuenta el recuento realizado, el **problema jurídico** en esta instancia, se contrae a determinar, si procede la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS. En el evento de llegarse a la misma conclusión del a quo, se establecerá si es viable el retorno automático de la actora al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, con las consecuentes restituciones económicas, y los conceptos que estas comprenden.

Pues bien, se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y a partir del año 2014 sentencia SL12136-2014, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994, y Ley 795 de 2003, entre otras disposiciones; posteriormente agregándose la asesoría o buen consejo Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, sin que para su exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su derecho pensional, y sin que de la suscripción del formulario se infiera su cumplimiento y tampoco se convalide la misma por

el transcurso del tiempo o por la movilidad entre administradoras del RAIS, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las AFP la obligación de acreditarla, la que por demás se juzga al momento del acto inicial, ello por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL 5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020), tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL, 18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020, rad.58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124, STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

Agregándose por la alta Corporación que en estos asuntos se invierte la carga de la prueba, en los términos de los artículos 1604 del C.C. y 167 del C. G. del P., correspondiendo por demás a las AFP, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, brindar la debida asesoría e ilustración por cuanto:

- *i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional;*
- *ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»;*
- *iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»;*

- *iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones»,*

Luego, acertada resulta la declaratoria de **ineficacia del acto de traslado** dispuesta por la primera instancia, caracterizándose esta sanción porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, siendo sus efectos idénticos a los de la nulidad – vuelta al estado anterior, explicándose por el órgano de cierre de esta especialidad que en estos casos:

*... los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL1689-2019, CSJSL3464-2019, CSJSL4360-2019 entre otras).*

Y en sentencia SL2877-2020, radicación Nro. 78.666, fecha 29 de julio de 2020, frente al tema en concreto de las restituciones económicas, luego de transcribir el artículo 1746 del Código Civil, advirtió:

*Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*

*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el*



restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Subrayado intencional.

Y en relación con los porcentajes para el fondo de garantía de pensión mínima dijo:

*En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.*

*Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.*

**Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al**

***fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.*** Lo que desvirtúa la argumentación del a quo sobre el particular.

Y concluye la Corte:

***Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».***

Posición que ha sido traída hasta la fecha, tal y como se puede evidenciar en la sentencia SL081 de 2021, por lo que acogiéndose por esta instancia un argumento de autoridad, no tienen prosperidad los fundamentos del apoderada de la AFP Protección S.A. tendientes a excluir de la orden de restitución las cuotas de administración y los porcentajes destinados a seguros previsionales, máxime cuando en sentencia de tutela radicado 59370 del 06 de mayo de 2020, el órgano de cierre de esta especialidad exhorta a los jueces a acatar el precedente vertical, en aras de la garantía de los principios de seguridad jurídica e igualdad, pudiendo apartarse del mismo siempre y cuando se cumpla con una carga argumentativa transparente y suficiente,

*... mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015).*

Sin que se cumplan en este caso tales supuestos, sino que por el contrario la identidad fáctica de los casos ya analizados por la alta corporación es total frente al que se decide en esta ocasión y sin que se haya operado un cambio normativo o transformaciones sociales que obliguen a nuevas

consideraciones, razón por la que se mantiene también la decisión en relación con las restituciones económicas por parte de Protección S.A. a Colpensiones, **sin equivalencia en relación con la permanencia en el RPMPD**, aspecto que se modifica.

Debe advertirse que dichos rubros no se encuentran afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción, pues pese a que los mismos no están ligados al reconocimiento del a prestación, si están íntimamente relacionados con la declaratoria de ineficacia, la cual según criterios ya expuestos de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral no se extingue por este fenómeno, sumado a que solo en el trámite del proceso es que fue declarada y como consecuencia se dispone su restitución.

Al imponerse al acto jurídico de traslado de régimen la sanción de ineficacia, no aplica para esta el termino prescriptivo que para la nulidad relativa prevé el artículo 1750 del Código Civil, pues según la jurisprudencia especializada, entre otras, sentencia CSJ SL1689-2019, dicha figura no opera *«de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles»*, razón por la cual *«el análisis de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional»*, al ser *«es una cuestión inherente al derecho a la seguridad social»*, que redundando en *«un aspecto ínsito a la posibilidad de adquirir una prestación pensional»* no es sujeta a esa figura y, por tanto, puede reclamarse o hacerse exigible judicialmente en cualquier tiempo.

Las costas en esta instancia están a cargo de la AFP Protección S.A., a quien se desata adversamente el recurso de apelación y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$908.526,00.**

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando

Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **modifica el numeral segundo** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Luz Elena Maya Arbeláez** contra la **AFP Protección S.A. y Colpensiones**, para indicar que las restituciones económicas ordenadas a la AFP Protección S.A. se deben hacer sin equivalencia en relación con la permanencia de la demandante en el RPMPD. **En lo demás se confirma la decisión revisada.**

**Costas** en esta instancia están a cargo de la AFP Protección S.A., a quien se desata adversamente el recurso de apelación y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$908.526,00.**

Lo resuelto se notifica a las partes por **estados virtuales**, artículo 295 C.G. del P. en concordancia con el 15 del Decreto 806 de 2020.

**Los magistrados** (firmas escaneadas)

  
**LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL**  
Magistrada

  
**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**  
Magistrada

  
**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**  
Magistrado

**Certifico:** Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 054** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **05 de abril de 2021.**

\_\_\_\_\_  
Secretario