

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	Pedro Pablo Peláez Bedoya
DEMANDADOS	AFP Protección S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 022 Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001 3105 022 2018 00679 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	Sentencia Nro. 74 de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Revoca parcialmente para incluir en restituciones los gastos de administración completos

En la fecha, **veinte (20) de abril 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 Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la **AFP Protección S.A. y Colpensiones**, y grado jurisdiccional de consulta para esta última entidad, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Pedro Pablo Peláez Bedoya**, radicado único nacional 05001 3105 **022 2018 00679** 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 expedidos por el Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, procede a

emitir sentencia según proyecto estudiado, discutido y aprobado en sala virtual, acta Nro. 12 que se plasma a continuación:

Antecedentes

Las pretensiones del demandante se orientan a obtener la declaratoria de nulidad y/o ineficacia, según se demuestre, de su vinculación a la AFP Protección S.A., toda vez que en la misma medio vicio del consentimiento, al no habérsele puesto de manifiesto las reales consecuencias que acarrearía tal acto, debiendo las cosas volver al estado en que se encontraban, entendiéndose que siempre ha permanecido en el RPMPPD, advirtiéndole que no existió solución de continuidad, ordenándose a la AFP devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que estuvieron en su poder y a Colpensiones, a recibir las mismas con los rendimientos financieros, pide también condena en costas y agencias en derecho.

En sustento de ello afirma que, nació el 21 de julio de 1954. Ha cotizado al sistema un total de 1.957,85 semanas. El 31 de mayo de 2018 diligenció solicitud de traslado de Protección a Colpensiones, negada el 6 de marzo del mismo año, por encontrarse a menos de 10 años de requisito de tiempo para pensionarse. Agrega que las AFP al estar obligadas a garantizar el derecho fundamental a la seguridad social a sus afiliados, deben brindar una asesoría clara y completa, pero para el caso del demandante su vinculación se limitó única y exclusivamente a la firma de un documento, *pues no se le suministraron los datos concisos de las consecuencias que tendría para su caso el cambio de régimen pensional. El asesor o promotor del Fondo Privado en ningún momento le suministró a mi poderdante la información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta para su traslado, tanto que no se efectuó por parte del Fondo Privado un estudio previo individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le acarrearía permanecer o trasladarse de régimen, incumpliendo así el deber de diligencia*

que le impone su responsabilidad profesional, y como consecuencia indujo en error o engaño al actor a efectos de producirse su traslado al RAIS, evidenciándose que la solicitud de traslado efectuada a Protección en el año 1996 no obedeció a una verdadera, libre y plena manifestación de voluntad, siendo la mesada pensional que le correspondería en el RAIS inferior a la del RPMPD, pues según simulador ASPEN a los 64 años en el primero obtendría \$3.253.791 y en el segundo \$5.021.902, generándosele un perjuicio por la mala asesoría, insistiendo en que no fue debidamente informado sobre las características de cada uno de los regímenes y tampoco le indicaron el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para acceder a la pensión. Cita luego apartes de sentencia del 16 de julio de 2015 con ponencia del magistrado Carlos Alberto Lebrún Morales, refiere los vicios del consentimiento en los términos del artículo 1511 del Código Civil, y puntualiza que se agotó reclamación administrativa previa a esta acción.

En auto del **19 de diciembre de 2018** se admitió y ordenó dar trámite a la acción, enteradas de tal actuación las entidades demandadas allegaron escritos de contestación así:

Colpensiones, admite la fecha de nacimiento del demandante, no le consta el número total de semanas aportadas al sistema, es cierta la solicitud de traslado del RAIS al RMPD elevada en el año 2018 y la respuesta negativa, quedando así agotada la reclamación administrativa, los demás supuestos no son hechos o no le constan. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló **las excepciones** de inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho a para pedir, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, buena fe y prescripción.

La **AFP Protección S.A.**, admite como cierta la fecha de nacimiento del demandante, no le consta la afiliación a otra entidad pensional, no es cierto

que cuente con 1.957,85 semanas cotizadas, pues solo contabiliza 1.775,86. NO le consta el trámite ante Colpensiones ni la respuesta emitida. *NO ES CIERTO* que la afiliación del demandante se hubiera limitado simplemente a la firma del formulario sin explicarle cuales consecuencias podría traerle el traslado de régimen, ... el promotor **Horacio Pérez**, asesoró al demandante respecto a todo el sistema general de pensiones colombiano, donde se le explicaron las características del RAIS y del RPM, las diferencias entre ambos, la forma de adquirir una pensión en uno y otro, las consecuencias del traslado y todos los aspectos necesarios para que el mismo pudiera tener claridad respecto a su panorama pensional, ... Los asesores de **PROTECCION S.A.** siempre realizan un estudio previo y particular sobre el caso concreto de cada potencial afiliado y su situación jurídica... Nunca se faltó al deber de información y buen consejo, ya que se le brindó explicación completa y adecuada sobre el RAIS y estuvieron delimitadas bajo los principios de legalidad y buena fe, poniéndosele de presente los efectos y consecuencias de su traslado, sin que pueda hablarse de un régimen más favorable que otro. Agrega que no se puede hablar de ventajas y desventajas, pues se trata de dos regímenes diferentes y excluyentes, suministrándosele al demandante asesoría objetiva e integral. NO es cierto que los asesores lo hayan inducido en error o engaño, *pues la asesoría brindada al actor fue totalmente veraz y se hizo conforme a la normatividad de la época y el hecho que las normas que regulan el RAIS hayan cambiado, no significa que se le haya engañado*, puntualizando que la solicitud de traslado al RAIS obedeció a una verdadera, libre y plena manifestación de voluntad, *toda vez que nos encontramos frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo*, existiendo en el formulario leyenda pre impresa de libertad y voluntariedad. Agrega que al afiliado se le explicaron las diferencias o aspectos comparativos entre uno y otro régimen así: *cuenta de ahorro individual vs. Fondo común, capital acumulado vs. Requisito de edad y semanas de cotización, garantía de pensión mínima en el RAIS, devolución de saldos vs. Indemnización sustitutiva*. Los demás supuestos no son ciertos, no son hechos o no le constan. **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, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

La primera instancia terminó con **sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito**, en la que declaró la ineficacia del traslado del demandante efectuado el 1º de septiembre de 1996 desde el RPMPD a la AFP Protección S.A., y de la continuidad en ese régimen hasta la actualidad, disponiendo que la parte actora siempre ha estado vinculada, sin solución de continuidad al RSPMPD administrado por COLPENSIONES, condenando a esta entidad a tenerlo como su afiliado y a consolidar en su historia laboral todo el tiempo servido o cotizado. **Condenó a la AFP Protección S.A.** a trasladar a **Colpensiones** *todos los valores de la cuenta de ahorro individual que incluyan además de los aportes destinados concretamente a la CAI, los rendimientos y también se condena a PROTECCION a devolver o trasladar a COLPENSIONES los valores de los aportes pensionales que recibió del actor o en su favor destinados a cuotas o gastos de administración y al fondo de garantía de pensión mínima, excepto los destinados a las PRIMAS DE REASEGUROS DEL FOGAFIN Y A PRIMAS DE SEGUROS DE INVALIDEZ Y DE SOBREVIVENCIA*, valores que Colpensiones deberá recibir. Declaró no configuradas las excepciones propuestas, gravó con costas a PROTECCION S.A., y dispuso consulta para COLPENSIONES.

Argumentó el fallador que en los autos no quedo demostrado el cabal cumplimiento del deber de información por parte del fondo privado al demandante, razón por la que no se puede hablar de una libertad informada en la selección de régimen pensional, por lo que teniendo en cuenta la normatividad sobre el tema y el precedente vertical, procedente resulta la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, con las consecuentes restituciones económicas.

Recurso de apelación, fue oportunamente interpuesto por los apoderados de las entidades demandadas así:

AFP Protección S.A., solo en relación con la orden de devolución de gastos de administración y seguro previsional, pues la deducción de estos

dineros se realizó con fundamento en disposiciones legales, validas, exequibles y vigentes, y son comisiones ya pagadas y causadas, habiéndose efectuado correctamente la administración de la cuenta de ahorro individual desde el año 1996 hasta la fecha, aumentándose en forma ostensible el capital de la misma, pues los rendimientos fueron de un 220 a un 230% sobre los aportes, por lo que es apenas justo para la entidad conservar el porcentaje por tal gestión, máxime cuando se descuenta por imperio de la ley y también opera en el régimen de prima media, y devolver ambos conceptos generaría un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, por lo que solicita revocar la decisión en este punto y en cuanto al **seguro previsional**, pues es un tema que no ha sido específicamente abordado por la Corte Suprema, estando involucrados en el mismo terceros de buena fe, concretamente la aseguradora, frente a lo que si se ha pronunciado la Sala de Casación Civil, estando el afiliado amparado en los riesgos de IVM que ocurren durante la vigencia de su vinculación al RAIS, no existiendo razón para pedirle a la aseguradora la devolución de tales rubros.

Colpensiones, recurre en forma parcial, solicitando se revoque la decisión en cuanto determinó que no hay lugar a devolver los valores destinados a primas del FOGAFIN y seguros de invalidez y sobrevivencia, para que en su lugar se ordene a la AFP Protección S.A. su restitución, pues los valores descontados por tales conceptos hacen parte del capital que conforma la base sobre la que se reconocerán las prestaciones económicas en el RPMPD, sin que exista sustento legal, financiero, ni fáctico para que la AFP conserve los mismos, pues el efecto de la ineficacia es retrotraer las cosas al estado inicial, por lo que no devolver estos dineros constituiría un enriquecimiento sin causa para Protección y un detrimento para Colpensiones, vulnerándose el principio de sostenibilidad financiera y afectando los intereses del afiliado.

De la oportunidad para presentar alegaciones hizo uso la apoderada de **Colpensiones**, solicitando la revocatoria de la sentencia por no haber realizado esa entidad actuación omisiva ni contraria a derecho, por lo que no le compete la realización del traslado solicitado, debiéndosele exonerar de las pretensiones incoadas por encontrarse el demandante en la restricción para movilidad de regímenes prevista por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modifico el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, esto es, a menos de 10 años de la edad para pensión, siendo además la afiliación a Protección completamente válida y así se aceptó al suscribir el formulario, al que dio aprobación durante 20 años, con la satisfacción de las exigencias del artículo 1502 del Código Civil. En el evento de mantenerse la decisión, pide incluir dentro de los conceptos a devolver, el porcentaje destinado a seguros previsionales y la exoneración de condena en costas.

Consideraciones:

Conforme al recuento realizado, el **problema jurídico** en esta instancia se contrae a determinar, si declarada la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, procede su retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, con las consecuentes restituciones económicas por parte de la AFP Protección S.A. 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, la Ley 795 de 2003; posteriormente agregándose la asesoría ó buen consejo entre 2009 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, por la movilidad entre administradoras del RAIS, por los actos de relacionamiento o por reasesoría posterior, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las administradoras de pensiones la obligación de acreditarla, arts. 1604 del C. C. y 167 del C. G. del P., la que por demás se juzga al momento del acto inicial, 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, SL081-2021 y SL145-2021), 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).

Brillando por su ausencia medio de convicción sobre tales circunstancias en el caso a estudio, pues la AFP convocada al trámite no allego prueba de la completa y oportuna información entregada al demandante al momento de la vinculación, por lo que acertada resulta la declaratoria de **ineficacia** dispuesta por la primera instancia, caracterizándose esta sanción porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, siendo sus consecuencias idénticas a las de la nulidad, explicándose por la jurisprudencia especializada 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, luego de transcribir el artículo 1746 del Código Civil, precisó:

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.

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 ibidem-.

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.

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».

Y en sentencia SL 081 de 2021, se reitera:

Como argumento adicional, la Sala debe señalar que la consecuencia derivada de la decisión de ineficacia también aparece que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ... deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones ... tal como se dejó sentado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, y bajo el entendido que la consecuencia es la ineficacia del traslado, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad.31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

“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.

Bajo la misma línea, en decisión CSJ SL1688-2019, se manifestó:

Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

Concluyendo:

se impone adicionar el numeral quinto de la misma decisión, con el fin de precisar que, además del capital ahorrado por la accionante, junto con los intereses y rendimientos producidos sobre el mismo, la Sociedad Administradora de Fondos

de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A se encuentra en la obligación de trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones ... los valores correspondientes a los gastos de administración, los cuales, según se expuso en precedencia, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

Acogiéndose por esta instancia un argumento de autoridad y acatándose el precedente que en línea mayoritaria sostiene la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, no tienen prosperidad las consideraciones del fallador de primer grado y del apoderado de la AFP Protección S.A., tendientes a excluir de la orden de restitución los porcentajes destinados a *gastos de administración, primas de reaseguros del FOGAFIN y primas de seguros de invalidez y sobrevivencia*, máxime cuando en sentencia de 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).

siendo evidente que en este asunto no se satisfacen tales supuestos, sino que por el contrario la identidad fáctica de los casos ya decididos por la alta corporación es total frente al que aquí se estudia, y sin que se haya operado un cambio normativo o transformaciones sociales que obliguen a nuevas consideraciones, razón por la que **se revoca parcialmente y adiciona el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia, para**

ordenar a la AFP Protección S.A., trasladar a COLPENSIONES, **dentro del término de 30 días,** posteriores a la ejecutoria de la sentencia, la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante la vigencia de su vinculación al RAIS, con los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, sin descuento alguno por gastos de administración (que en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, incluyen además de tal concepto, las primas de seguros y reaseguros al igual que el porcentaje destinado a garantía de pensión mínima).

Vale aclarar que en este caso no se está autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *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,* sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento de la vinculación y movilidad entre administradoras del RAIS, en los términos del literal b) de la misma norma en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la vinculación, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el 48 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1º, que modificó el artículo 334 superior relativo al régimen de Hacienda Pública, que en su **parágrafo** reza: ***al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su efectiva protección.***

Al estar en discusión la eficacia del ato jurídico de traslado, 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.

Costas en esta instancia a cargo de la **AFP Protección S.A.** a quien se desata adversamente el recurso, y en favor del 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, **revoca parcialmente y adiciona la sentencia revisada por apelación y consulta**, proferida dentro del proceso ordinario promovido por **Pedro Pablo Peláez Bedoya** en contra de la **AFP Protección S.A. y Colpensiones**, así:

El **numeral 2º de la parte resolutive** para para indicar que la **AFP Protección S.A., debe restituir a COLPENSIONES, dentro del término de 30 días**, posteriores a la ejecutoria de la sentencia, la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante la vigencia de su vinculación, con los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, sin descuento alguno por gastos de administración (que en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, incluyen además de tal concepto, las primas de

seguros y reaseguros al igual que el porcentaje destinado a garantía de pensión mínima). **En lo demás confirma la providencia revisada.**

Costas en esta instancia a cargo de la **AFP Protección S.A.** a quien se desata adversamente el recurso, y en favor del 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 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. 067** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **22 de abril de 2021.**

Secretario