

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Isabel Cristina Barrera Castro
DEMANDADO	AFP Protección S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 011 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 011 2019 00237 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 126 de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Revoca condena en costas a Colpensiones. en lo demás confirma

Hoy, **siete (07) de julio 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 a los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la **AFP Protección S.A.** y de **Colpensiones**, y grado jurisdiccional de consulta para esta última entidad, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Isabel Cristina Barrera Castro**, radicado único nacional 05001 3105 **011 2019 00237** 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 como consta en acta N° 22, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Pide la demandante se declare la nulidad e ineficacia de su afiliación al RAIS a través de la AFP Protección S.A., por vicio en el consentimiento y como consecuencia, se ordene su reintegro al RPMPD administrado por Colpensiones; se ordene el traslado de todos los aportes y utilidades del RAIS al régimen público y se impongan costas a las demandadas, en caso de oposición.

En sustento de ello afirma que, **el 21 de febrero de 1984** se afilió al ISS; a partir del **1º de abril de 1999** se trasladó a la AFP Protección S.A., sin que se le informara por esta sociedad cual era la proyección real en cuanto a capital para obtener una pensión en las modalidades del RAIS; tampoco se evidencia una información verídica, real y consciente sobre los supuestos beneficios de pertenecer a ese fondo, pues no se le informó el capital, ni el monto de la cotización para poderse pensionar; no se le explicaron las modalidades de pensión en el RAIS, ni que debía hacer los aportes por más de dos salarios mínimos para acumular el capital requerido para pensionarse; no se le explicó la situación de multiafiliación que se presentó. Nació el 13 de junio de 1963. Advierte que no tuvo la información necesaria para elegir lo mas conveniente a sus posibilidades de pensión, dándose así un vicio en el consentimiento por el no suministro de la misma. Agrega que antes de los 47 años le indicaron que era más benéfico trasladarse nuevamente a Colpensiones, pero le fue imposible por habersele manifestado que se había asignado como multiafiliada. No recibió explicación sobre el Decreto 3995 de 2008. El 07 de diciembre de 2018 radicó ante Protección derecho de petición solicitando copia de la

información, asesoría, proyecciones, ventajas y desventajas de pertenecer al fondo privado, indicándosele que no cuentan con constancias de ello. El 12 de marzo de 2019 solicitó vinculación a Colpensiones, lo que se resolvió en forma negativa.

En auto del **21 de mayo de 2019** se admitió y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente enteradas de la actuación las entidades demandadas, dentro del término para ello, allegaron escritos de contestación así:

AFP Protección S.A. no le consta de manera directa la afiliación de la demandante al ISS, sin embargo de la historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público OBP, se evidencia la misma entre el **21 de febrero de 1984 y el 04 de octubre de 1996**. Es cierto que se afilió a esa AFP el 04 de febrero de 1999, pero no que no se le haya brindado la debida información, toda vez que los asesores están capacitados para ello, caracterizándose esa sociedad por realizar todas sus actuaciones en el marco de la legalidad y la buena fe, *así se brindó la asesoría a la demandante, informándole de manera suficiente las características propias del régimen pensional que había seleccionado y la forma como se construye la pensión en el mismo, explicándole que en este régimen sus aportes pensionales serían acumulados en una cuenta de ahorro individual... la cual generaría rentabilidad financiera*, que con ese capital se liquidaría la mesada, precisándole las variables a tener en cuenta, explicándosele también las moralidades de pensión. Los demás supuestos no son ciertos o no le constan, insistiendo en habersele brindado la debida información al momento de la vinculación al RAIS. **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, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y la innominada o genérica.

Colpensiones, acepta como cierto el tiempo de afiliación de la demandante a esa entidad, y el traslado al RAIS, fondo Protección S.A. a partir del mes de abril de 1999, la fecha de nacimiento de la demandante, 13 de junio de 1963, la solicitud de retorno al RPM y la respuesta negativa, son ciertas; los demás supuestos no le constan. Resistió las pretensiones y formuló **las excepciones** de inexistencia de nulidad o ineficacia del traslado al RAIS, prevalencia de la autonomía de la voluntad privada, prescripción e imposibilidad de condena en costas.

La primera instancia terminó con **sentencia** proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito, en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS, AFP Protección S.A., ordenando a esta sociedad devolver a la actora al RPMPD administrado por Colpensiones, y restituir también los aportes efectuados por esta, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, Colpensiones deberá recibir los dineros entregados por la AFP y reactivar la afiliación de la señora Barrera Castro sin solución de continuidad. Declaró no probada la excepción de prescripción y gravó con costas a las accionadas, fijando el monto de las agencias en derecho para cada una.

Argumentó el juzgador que las AFP deben brindar a los asegurados una información completa, clara, precisa y veraz, indicándoles bondades y desventajas de los dos regímenes del sistema general de pensiones y las consecuencias del traslado, así como la viabilidad del mismo para no ver afectado su derecho pensional, y de acuerdo con el material probatorio aportado, no se encuentra que Protección haya desplegado conducta para desvirtuar lo indicado en el escrito de demanda, pues no se arrimaron al plenario medios de convicción que indiquen que cumplió con la obligación que le impone la ley, invirtiéndose en estos eventos la carga de la prueba,

no solo porque así lo considera la línea vigente en la jurisprudencia especializada frente al tema, sino porque también lo prevén los artículos 167 del C.G.P. y 1604 del C.C., sin que se satisfaga tal carga con la suscripción del formulario, que demuestra un consentimiento pero no informado, y tampoco con la reasesoría realizada, pues la información se juzga al momento del acto inicial, razón por la declaró la ineficacia del acto de traslado, con las consecuencias ya relacionadas en párrafo precedente.

Recurso de apelación, fue oportunamente interpuesto por las apoderadas de las demandadas, así:

La **AFP Protección S.A.** controvierte el numeral 3º de la parte resolutive de la decisión, en cuanto ordena el traslado de capital con rendimientos, sumas adicionales, gastos de administración y seguros previsionales, pues la declaratoria de ineficacia supone que el acto de traslado nunca existió y siendo congruentes con ello, tal situación nos ubica en dos panoramas excluyentes, **uno** que la afiliación de la demandante al RAIS no existió y por tanto siempre estuvo en el RPMPD, no se generaron rendimientos en su cuenta de ahorro individual, porque esta no se dio y no se cobraron cuotas de administración ni seguro previsional, debiéndose trasladar a Colpensiones las sumas correspondientes a cotizaciones integrales; **o dos**, asumir que la afiliación no existió pero que se generaron rendimientos que no se hubieren dado en el RPMPD, sin embargo, por disposición legal también se hubieren cobrado sumas por gastos de administración y seguro previsional, trasladándose entonces los aportes y rendimientos, conservando la AFP los porcentajes por administración y seguro previsional. Panoramas excluyentes que ofrecen la opción para evitar un enriquecimiento sin causa para entidad receptora, y no desconocen la actividad de Protección durante todos estos años por concepto de administración y cobertura por los riesgos de muerte e invalidez, máxime teniendo en cuenta que son rubros constitucionales y han cumplido

destinación legal. Pide modificar la decisión en este apartado.

Colpensiones, manifiesta inconformidad parcial, en concreto con la condena en costas, porque esta entidad no participó en el acto ineficaz, pues en las situaciones que pudieron llevar a engaño por acción y omisión no tuvo injerencia alguna, circunstancia que la lleva a estar en el proceso únicamente con el fin de recibir los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante y a reactivar su afiliación en el RPMP sin solución de continuidad, y que resulta necesaria, sin que sea procedente tal condena.

En lo no recurrido, en favor de Colpensiones se conoce en grado jurisdiccional de consulta, en los términos del artículo 69 del C. P. T. y de la S.S..

De la oportunidad para presentar **alegatos** ante esta instancia hizo uso **la apoderada judicial de Colpensiones**, insistiendo en la improcedencia de la condena en costas dado su actuar de buena fe, citando como sustento pronunciamiento de la Sala Segunda de Decisión de esta Corporación en proceso radicado Nro. Rdo: 12-2015-1526, tesis reiterada entre otras en sentencias dictadas en proceso con radicados 11-2017-796 y 11-2017-731, en las que se ha revocado tal condena en su contra en asuntos de similar naturaleza.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

Teniendo en cuenta los planteamientos en que se sustentan los recursos de apelación interpuestos, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, el **problema jurídico** en esta instancia, se contrae a

determinar, si procede la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante del RPMPD al RAIS. En el evento de llegarse a la misma conclusión del a quo, se establecerá si es viable su retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, con las consecuentes restituciones económicas, y los conceptos que estas comprenden. También se estudiará el tema relativo a la condena en costas a Colpensiones.

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 por el transcurso del tiempo, por la movilidad entre administradoras del RAIS o por los actos de relacionamiento, 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, 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).

Y no es suficiente la suscripción de formulario con leyenda pre impresa para inferir la debida información, y tampoco formato de reasesoría, porque se tiene decantado por la jurisprudencia especializada en pronunciamientos que se condensan en sentencia de tutela radicación 59.370 del 06 de mayo de 2020 y se ratifican en sentencia SL373-2021, en la que se indica:

..., en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019).

...

En cuanto al formulario de afiliación y su anexo, no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios. El anexo es un cuestionario a diligenciar por el afiliado, en el que se le pregunta genéricamente si fue informado y asesorado por el Ejecutivo Comercial de la AFP y si desea estar vinculado a Protección S.A. El formato solo permite dar respuesta en términos de SI o NO, sin más detalles. También se interroga sobre el salario y se hace un cálculo estimado del valor de la mesada pensional bajo el régimen privado, sin comparación alguna con el sistema público de pensiones ni consideraciones adicionales.

Como se puede advertir, ninguno de esos documentos contiene datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones. Toda la información que se le brindó gravitó sobre el propio régimen privado, situación que claramente produce un sesgo en el afiliado por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alterno. Subrayado intencional.

Máxime en el asunto sometido a estudio, en que se en el formato de reasesoría se deja espacio de trascendental importancia en blanco, como la fecha límite para el retorno al RPMPD, y a pesar de anunciársele la no conveniencia de la pertenencia al RAIS, ningún acompañamiento se hizo para el efectivo retorno, o por lo menos de ello no se trajo prueba.

Y agrega la jurisprudencia especializada que corresponde 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»,*

Por lo que razón le asistió al a quo al declarar la **ineficacia del acto de traslado del RPMPD al RAIS efectuado por la demandante**, caracterizándose esta sanción porque desde su nacimiento el mismo carece de efectos jurídicos, siendo la consecuencia la vuelta de las cosas 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 cubre 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».

Acogiéndose por esta Sala un argumento de autoridad, no tienen prosperidad las explicaciones de la apoderada de la AFP Protección S.A., tendientes a excluir de la orden de restitución las cuotas de administración (que incluyen tal concepto y los porcentajes destinados a seguros previsionales y garantía de pensión mínima), 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 superen en este caso tales presupuestos, 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, por lo que no son de recibo los planteamientos de la AFP en torno a entender que las cuotas de administración cobradas son gastos que ya se causaron y ejecutaron, que se encuentran contemplados en la Ley para ambos regímenes y que el fondo adelantó una correcta gestión de administración, si se es consecuente con los efectos de la ineficacia y la parte que la generó. En efecto, recae en cabeza de las administradoras el juicio de reproche al incumplimiento de sus obligaciones de acompañamiento y asesoría a la demandante, generándose a partir de sus propias omisiones la obligación de que devuelva todos los conceptos, sin que haya lugar a descuento ni equivalencia alguna.

Es intrascendente que la actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa del fondo de pensiones, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización de la asegurada, cuando debe responder por una permanencia en el régimen, sin solución de continuidad; además, que precisamente por tratarse de descuentos que también existen en el régimen de prima media con prestación definida, no deben ser realizados por las AFP sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliada, precisándose en sentencia SL 2877 de 2020, que *"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..."*.-

Desde este punto de vista, no se estaría generando enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES o de la demandante, ya que se trata de la reivindicación de unas sumas que integran la cotización y que deben dirigirse a la administradora a la que ha pertenecido siempre sin solución de continuidad.

No se está en este caso 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 del traslado, 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, 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 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, siendo sus efectos como se explicó la vuelta de las cosas al estado anterior, y para el caso, las restituciones en la forma indicada por la primera instancia.

Es del caso indicar que la finalidad de la citación de Colpensiones al trámite es hacerle oponible las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, garantizándose así los derechos de contradicción y defensa, presupuestos básicos del debido proceso y por esta razón no se puede afirmar que sea parte vencida en el trámite, por lo que **no hay lugar a imponerle condena en costas**, se acogen entonces los argumentos de la apoderada de esta entidad al sustentar el recurso vertical y se **revoca parcialmente el numeral quinto de la parte resolutive de la decisión para exonerarla de esta condena.**

Costas en esta instancia a cargo de las AFP Protección S.A.. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$908.526,00 a favor de la demandante.**

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 el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia** proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Isabel Cristina Barrera Castro** contra la **AFP Protección S.A. y Colpensiones**, para exonerar de condena en costas a esta última entidad. **En lo demás confirma la decisión.**

Costas en esta instancia a cargo de las AFP Protección S.A. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$908.526,00 a favor de la demandante.**

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. 118** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **8 de julio de 2021**

Secretario