

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

### AUDIENCIA DE TRÁMITE Y FALLO

El veintiséis (26) de julio de dos mil veintiuno (2021), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, se constituyó en audiencia para revisar en el grado jurisdiccional de CONSULTA, la sentencia de primera instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **FERNANDO RODRÍGUEZ ZÁRATE**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-015-2018-00368-01.

### AUTO

Se observa a folio 240, escrito mediante el cual, la abogada VICTORIA ANGELICA FOLLECO ERASO, invocando su calidad de apoderada de la firma de abogados RST ASOCIADOS PROJECT S.A.S., presenta poder para actuar en este proceso en representación de COLPENSIONES y a su vez, sustituye el poder al abogado LUIS EDUARDO GÓMEZ SÁNCHEZ.

Revisado el expediente, se halla copia de la escritura pública No. 3377 de 02 de septiembre de 2019, a través de la cual, COLPENSIONES, le confiere poder especial a la referida sociedad para actuar como apoderado judicial en procesos en su contra (fl. 242).

En atención a lo anterior, se le confiere personería para representar los intereses de la entidad a la firma de abogados RST ASOCIADOS PROJECT S.A.S., como apoderada principal y al abogado LUIS EDUARDO GÓMEZ SÁNCHEZ A, portador de la TP. 339.879 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado sustituto.

Igualmente, a folio 225 del plenario, reposa renuncia al poder del apoderado sustituto de la parte accionante, JUAN DIEGO SÁNCHEZ ARBELÁEZ.

Asimismo, a folio del 227 del expediente yace memorial del abogado JUAN CARLOS GONZÁLEZ CANDIA quien manifiesta reasumirá el poder conferido en su favor y con ello, deja sin efectos las sustituciones otorgadas dentro del cartulario, como soporte de lo mencionado, a folio 228 reposa poder conferido por el demandante FERNANDO RODRÍGUEZ ZARATE.

Teniendo en cuenta lo anterior, se acepta la renuncia al poder de JUAN DIEGO SÁNCHEZ ARBELÁEZ, apoderado sustituto del demandante y se accede a lo manifestado por el apoderado principal del demandante, el abogado JUAN CARLOS GONZÁLEZ CANDIA, de dejar sin efectos todas las sustituciones otorgadas en el presente proceso y su intención de reasumir el poder conferido a su favor.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

## 1. ANTECEDENTES

El demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia 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 el actor que el 8 de septiembre de 1987 se afilió al RPM administrado por el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (en adelante ISS), hoy COLPENSIONES y que, previo traslado al RAIS, había cotizado un total de 576,86 semanas.

Manifiesta que a la fecha de entrada en vigor de la ley 100 de 1993 se encontraba afiliado al ISS y que posteriormente se traslada a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 4 de septiembre de 2003 manteniendo su afiliación vigente a la fecha.

Afirma que, al momento de su afiliación a PROTECCIÓN S.A., no se le brindó la información acerca de que la pensión iba a ser menor en este régimen pensional, respecto del régimen de prima media, que no se le elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada, teniendo en cuenta el valor del bono pensional, que los funcionarios de dicha AFP le dijeron que no se iba a poder pensionar ya que el ISS se iba a acabar, que en el RAIS se podía

pensionar a cualquiera edad, sin explicarle la afectación que dicha afirmación tendría sobre su mesada pensional y sobre el bono pensional. Que tampoco le informaron las desventajas del traslado de régimen, que la asesoría dada por el funcionario de PROTECCIÓN S.A., fue sesgada y parcializada con el fin de concretar su traslado y que, con base en la información suministrada, suscribió formulario de vinculación a dicha AFP.

Aduce que el 13 de noviembre de 2007 cumplió 52 años de edad y estando afiliado a PROTECCIÓN S.A., no le brindaron algún tipo de comunicación o asesoría donde se le informara acerca de la oportunidad de regresar al RPM, antes de cumplir dicha edad, ni de la prohibición legal de efectuar el traslado de régimen una vez cumplida tal edad.

Asegura que el 10 de enero de 2018 radicó derecho de petición ante PROTECCIÓN S.A. solicitando la invalidación de su afiliación, también que el 18 de enero de 2018 radicó formulario de traslado de régimen ante COLPENSIONES y que mediante respuesta de esta última le informaron que no era procedente el trámite por cuanto se encontraba a menos de diez años del requisito de tiempo para pensionarse.

Alude que el 12 de febrero de 2018, PROTECCIÓN S.A., resuelve su petición negándola, afirmando que su afiliación se presume legal y solo podría desvirtuarse cuando la autoridad competente establezca falsedad en la suscripción del formulario y que, solo en ese caso y mediando orden de restablecimiento del derecho, será acatada por dicha administradora.

## **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 condenando en consecuencia a la AFP PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo cotizaciones, cuotas de administración vigentes a partir del 1 de noviembre de 2003, con los rendimientos que se hubieren causado, como si hubieran permanecido en el RPM.

Para fulminar la condena la juez concluyó que la AFP demandada, no probó su deber de información aplicable a la época de traslado del régimen pensional, además, que la simple suscripción del formulario de afiliación no implica un consentimiento informado.

Consideró la juez, que las AFP tienen obligación de dar explicación integral sobre cada uno de los regímenes pensionales, sus ventajas, desventajas y opciones de mercado.

Fundamentó su decisión en la jurisprudencia vigente para la fecha de la sentencia, concretamente las sentencias SL-1421 de 2019 y SL-1452 de 2019, aduciendo que las AFP deben probar su diligencia y cuidado en cuanto a la información brindada al afiliado pues son estas quienes están en mejor posición para probar lo dicho.

Con base en lo anterior, decidió ordenar el traslado del valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo cotizaciones, cuotas de administración vigentes a partir del 1 de noviembre de 2003, con los rendimientos que se hubieren causado, como si hubieran permanecido en el RPM.

Finalmente consideró que la acción de traslado de régimen es imprescriptible por guardar íntima relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión.

### **3. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:**

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales del DEMANDANTE, COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., presentaron oportunamente escrito de alegación, en los siguientes términos:

#### **ALEGATOS DEL DEMANDANTE.** (folio 253 y ss)

El apoderado del demandante argumenta en los alegatos que no existen en el expediente pruebas documentales o de otra índole que demuestren que la Administradora PROTECCIÓN S.A. le brindó a mi poderdante una asesoría integral, veraz, oportuna y completa, en donde se le haya indicado las respectivas ventajas y desventajas de permanecer en el Régimen de Prima Media, o las desventajas y riesgos inherentes al traslado de régimen pensional efectuado el día 4 de septiembre de 2003. Tampoco existe prueba alguna que demuestre que la Administradora le haya entregado un Plan de Pensiones o el Reglamento de la Administradora, como lo exigía el artículo 15 del Decreto 656 de 1994.

La Administradora nunca le efectuó a mi poderdante un cálculo, cuadro o proyección comparativa mediante la cual pudiera explicarle la forma de pensionarse en uno u otro régimen pensional, o los requisitos y las variables usadas para liquidar su pensión. No le informó sobre el derecho de retracto. Tampoco se probó en ningún modo que se le haya informado que tenía una prohibición legal para regresar al Régimen de Prima Media faltándole 10 años para cumplir la edad pensional.

Todos estos elementos objetivamente permiten concluir, en primera medida, que la Administradora no cumplió con los deberes de información y transparencia conforme lo exigían para la época el Decreto 663 de 1993, el Decreto 720 de 1994 y el Decreto 656 de 1994, y, en segunda medida, que la decisión que tomó mi representado no se hizo de manera informada y por tanto, en el momento de su traslado de régimen pensional a PROTECCIÓN S.A. no se cumplió con lo establecido en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, en cuanto esta norma establece que las afiliaciones a cualquier régimen pensional deberán realizarse de manera libre y voluntaria por parte del trabajador; por supuesto, esa libertad y voluntad no pueden entenderse, ni verificarse, sin consideración a un verdadero consentimiento informado.

En consecuencia, el A Quo falló en debida forma al declarar la ineficacia del traslado de Régimen Pensional, conforme a lo dispuesto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

**Reglas jurídicas que se deben tener en cuenta señaladas en la línea jurisprudencial aplicable al presente asunto proferida por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>:**

- Las Administradoras de Fondos de Pensiones desde su nacimiento con la Ley 100 de 1993 y hasta la actualidad, han tenido la obligación de cumplir con los deberes de información y buen consejo para con sus afiliados o potenciales afiliados. Esta obligación debe cumplirse antes, durante y después de la afiliación.
- Del deber de informar se desprende que la información debe ser veraz y completa, mostrando ventajas y desventajas de la afiliación o traslado. • Del deber de buen consejo emana la obligación de que esa información sea oportuna, clara y comprensible al afiliado de modo tal que aun cuando la información desestime la afiliación o traslado, la AFP debe brindarla y aconsejar no realizar el traslado.
- El acto de afiliación es un acto propio de la llamada responsabilidad del profesional, cuyo principal efecto para el caso en concreto, consiste en que se traslada la carga de la prueba, siendo obligación de las administradoras de fondos pensionales, probar que brindaron la información y asesoría al afiliado.

---

<sup>1</sup> Pueden confrontarse entre otros los siguientes fallos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia Rad. 31.989 del 9 de septiembre de 2008 - MP. Eduardo López Villegas, sentencia Rad. 33.083 del 22 de noviembre de 2011- MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón, sentencia Rad. 31314 del 9 de septiembre de 2008. - MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón, sentencia Rad. 46.292 del 3 de septiembre de 2014 - Elsy del Pilar Cuello Calderón, sentencia Rad. 55.050 del 22 de Julio de 2015 - MP. Rigoberto Echeverry Bueno, sentencia de tutela Rad. 59356 del 6 de mayo de 2020 - MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sentencia de tutela Rad. 57158 del 15 de abril de 2020-MP Iván Mauricio Lenis Gómez.

- El incumplimiento de los deberes de información y buen consejo por parte de las Administradoras de Fondos pensionales constituye un engaño que debe llevar a la declaratoria de ineficacia del traslado pensional.
- Los eventuales traslados de administradora de pensiones dentro del régimen de ahorro individual no convalidan la nulidad o ineficacia que pueda adolecer el primigenio traslado de Régimen Pensional.

Finalmente solicita tener en cuenta las sentencias de la Corte Suprema de Justicia proferidas el 3 de abril y 10 de mayo de 2019 con radicados 68.852 y 68.832 respectivamente, de las que se transcriben extractos.

**ALEGATOS DE COLPENSIONES.** (folios 237 y siguientes)

COLPENSIONES argumenta en los alegatos que, es un tercero ajeno al negocio jurídico del cual hoy se pretende su ineficacia, es por ello que No debe verse perjudicado por el error en el cual incurrió la parte demandante.

Frente a la ineficacia de la afiliación a lo largo del proceso se logra probar que la demandante realizó su afiliación al fondo privado, a través de un acto libre y voluntario, ya que no existieron vicios en el consentimiento tales como dolo, culpa y tampoco se ejerció algún tipo de fuerza o constreñimiento al firmar el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A.

Igualmente es claro que la afiliación al régimen de ahorro individual fue un negocio jurídico que involucró el asentimiento de dos voluntades, por tanto, no se debe habilitar en este tipo de procesos que el afiliado presente una actitud 100% pasiva, no resultando admisible que solo después de tantos años se interese por su situación pensional, cuando a su alcance contaba con las herramientas suficientes para acceder a la información necesaria para aclarar dudas respecto a los movimientos, rendimientos y utilidades de su cuenta de ahorro individual, herramientas tales como el internet e incluso los distintos puestos de atención con los que cuenta su fondo de pensiones.

En este punto se trae a colación las Sentencias C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010, las cuales han prescrito que el traslado faltando menos de 10 años para el cumplimiento de edad (como en el presente caso) descapitalizaría al RPM y más teniendo en cuenta que la pretensión de la ineficacia del traslado se da en tanto existe una inconformidad de carácter netamente financiero.

En lo referente a las cuotas de administración y demás rubros de la cuenta individual de ahorro del demandante, si el honorable Tribunal ratifica que la ineficacia del traslado fue ocasionada por la conducta indebida de la AFP PROTECCION S.A., esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, es decir, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya sea por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deben ser asumidos por la administradora a cargo de su propio patrimonio.

Es por ello que, de declararse la ineficacia, se debe ordenar a la AFP PROTECCION, que la devolución de los aportes comprenda la totalidad del aporte realizado en favor de la parte demandante, incluidos los destinados al pago administración de la cuenta, al pago de primas de seguros previsionales para invalidez, muerte y a financiar el fondo de solidaridad pensional, conforme lo establecido en la sentencia SL 2877 del 29 de julio de 2020

En igual sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en sentencia Rad 31989 del 9 de septiembre de 2008 M.P. EDUARDO LOPEZ VILLEGAS, al prescribir que “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”.

Las consecuencias de la ineficacia en el traslado no pueden ser extendidas 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 ineficacia se pretende, de modo que el Régimen de Prima Media Colpensiones no debe asumir sanciones por el actuar de PROTECCION S.A.”

#### **ALEGATOS DE PROTECCIÓN S.A. (folio 245 y ss)**

PROTECCIÓN S.A., argumenta en los alegatos que en este caso no procede la devolución de la comisión de administración y lo descontado para las primas del seguro previsional, así como, solicita solo sea ordenado el traslado de la Cuenta de la Cuenta de Ahorro Individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al Fondo de garantía de Pensión Mínima, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

1. “La comisión de administración y la prima del seguro previsional son descuentos autorizados en la Ley (L 100 de 1993 art. 20 modificado por el art. 7 Ley 797 de 2003) que faculta o autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones.
2. El mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima del seguro previsional, y opera en ambos regímenes, tanto en el RAIS como en el RPM.
3. Obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, donde se demuestra que sus aportes tuvieron ganancias, lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados por mi representada.
4. Con la condena de primera instancia que ordena a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que mi representada tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a Colpensiones.
5. El artículo 1746 del Código Civil dispone cuáles son los efectos de la declaratoria de nulidad “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; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”.



En este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se producirían las siguientes consecuencias:

- ✓ El contrato de afiliación nunca existió.
- ✓ PROTECCION no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual.
- ✓ Los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron.
- ✓ No existió el cobro de una comisión de administración.

Sin embargo, el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió el contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, así las cosas producto de la buena gestión de la AFP la cuenta de ahorro individual obtuvo rendimientos y por eso tiene derecho mi representada a conservar la comisión de administración si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la parte demandante.

6. Lo mencionado nos permite hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, se llegaría a la conclusión que si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco nunca debieron haber existido rendimientos en la cuenta de ahorro individual, y de hecho dichos rendimientos siempre se le trasladan a Colpensiones como consecuencia de la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia de la afiliación. La teoría de las prestaciones acaecidas fue puesta de presente por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la Sentencia con Radicado No. 31989 del nueve (9) de septiembre de dos mil ocho (2008), Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, cuando manifestó que “Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por 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”.

7. El Decreto 2555 de 2010 señala que el manejo de los recursos administrados por las AFP es vigilado por la Superintendencia financiera de Colombia, por lo que es preciso poner de presente que esta entidad en concepto del 17 de enero de 2020, indicó que cuando se declara judicialmente la nulidad y/o ineficacia de la afiliación debe darse aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, que establece que cuando se da un traslado de régimen se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración desarrollada por la administradora que genera los rendimientos que se trasladan a la administradora de destino. En igual sentido, la Superintendencia Financiera de Colombia considera que tampoco debe trasladarse la prima del seguro previsional, en atención a que dicho porcentaje ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.
8. Frente a la prima del seguro previsional se debe manifestar que ésta ya fue girada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez dicha compañía pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, Inclusive, la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación de la parte demandante y mi representada está imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela a Colpensiones, toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el contrato suscrito entre la parte demandante y PROTECCIÓN.
9. La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, se ha pronunciado frente a los terceros de buena fe, cuando se declara la nulidad del negocio jurídico de la siguiente manera: «De todo ello se sigue que en virtud del negocio simulado pueden llegar a constituirse legítimos intereses en el mantenimiento de la situación aparente por parte de los terceros de buena fe. “...los terceros que no se pueden ver perjudicados por la nulidad del negocio simulado –refiere la doctrina contemporánea– son los terceros de buena fe, los que obran en base a la confianza que suscita un derecho aparente; los que no pudieron advertir un error no reconocible; los que ‘obrando con cuidado y previsión’ se atuvieron a

lo que ‘entendieron o pudieron entender’, vale decir, a los términos que se desprenden de la declaración y no a los que permanecen guardados en la conciencia de los celebrantes”.

10. Así mismo, vale la pena resaltar el contenido de la Sentencia SL2324 del 19 de marzo de 2019, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, MP: Dra. Ana María Muñoz Segura, donde luego de accederse a la ineficacia del traslado solicitada por un afiliado y ordenarse la devolución de los aportes de un fondo privado a Colpensiones, se refirió al rol de los terceros de buena fe dentro de ese tipo de procesos, considerando para el efecto, que i) las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a terceros; ii) la devolución de aportes no supone una retroactividad plena y en ese sentido deben mantenerse todas las situaciones consolidadas y que se presumieron de buena fe.
11. Se debe tener presente que en caso de confirmar la condena a mi representada a asumir con su propio patrimonio los valores de los descuentos permitidos por mandato legal para la comisión de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, se estaría en presencia de una condena en perjuicios contra el patrimonio de PROTECCIÓN, la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta, y en el presente proceso no fue materia de prueba ni quedó demostrado la causación de los mismos, toda vez que la inversión de la carga de la prueba opera es frente a la pretensión de ineficacia de la afiliación y no frente al tema de los perjuicios, los cuales no fueron demostrados por la parte demandante.
12. Es de resaltar que frente al cobro del 3% destinado para comisión de administración y para financiar las primas del seguro previsional opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación económica por vejez, por lo que son conceptos que Si prescriben de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del C. S. T, en armonía con el artículo 151 del C.P.L., que establecen que el transcurso del tiempo, de tres (3) años, hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado, la que debe afectar todas y cada una de las reclamaciones formuladas.

#### **4. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER.**

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por el demandante.

Tramitado el proceso en legal forma, y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la consulta de la sentencia de primera instancia, en favor de COLPENSIONES, conforme a lo dispuesto en los Art. 14 de la Ley 1149 de 2007, por haberle resultado adversa, sin ser apelada, se pasa a resolver, previas las siguientes,

## 5. CONSIDERACIONES:

Para resolver la consulta, es necesario manifestar, primeramente, que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado del demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

Es así como, en el presente asunto, está probado, que el accionante, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, como se acredita con el reporte de semanas cotizadas de folio 56 del plenario, posteriormente se vincula a PROTECCIÓN S.A., el día 04 de septiembre de 2003, conforme se anota en el formulario de afiliación a dicha AFP. (fl. 157)

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 40 o más años, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 2003 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 que dependería su monto.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 11:45 del disco compacto que milita a folio 199 y que contiene el audio de la audiencia de trámite y juzgamiento, no se advierte que haya confesado que la AFP PROTECCIÓN S.A. le haya brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su traslado al RAIS, y si bien señala que se le explicaron algunos aspectos del régimen, esta información no es suficiente para considerar que el

demandante fue suficientemente informada al momento del traslado, pues hay otros 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 oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, la distribución de los aportes en el RAIS, la forma de redención del bono pensional, las diferentes modalidades pensionales entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado.

Es importante precisar que, aunque se probó que al demandante en el año 2009 se le brindó una reasesoría y que decidió permanecer en el RAIS (fl. 166 y ss), la jurisprudencia de la SCL de la H. CSJ, sobre este punto ha sostenido que la reasesoría posterior al momento del traslado no tiene la virtud de convalidar el acto de traslado que fue ineficaz desde un principio.

Adicional a ello, al derecho social no son aplicables estrictamente las figuras del derecho privado, como la ratificación prevista en los artículos 1752 y siguientes del Código Civil, pues debe tenerse en cuenta que en asuntos como este, en los que esta juego un derecho fundamental como lo es el de la seguridad social y en especial el derecho a la pensión de vejez, entendido como derecho irrenunciable, no puede validarse en un acto que la desmejora, situación por la que ni siquiera el fenómeno de la prescripción surte efectos, (Ver al respecto sentencia SL-13430 del 14 de septiembre de 2016).

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por COLPENSIONES al dar respuesta a la demanda, 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 SCL de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019.

Ahora, respecto de la solicitud presentada por el apoderado de COLPENSIONES en los alegatos de conclusión referente a que se adicione la sentencia ordenándole a PROTECCIÓN S.A. de la totalidad de los aportes pensionales del actor, incluida la

cuota de administración de la cuenta, primas de seguros previsionales para IVM y el aporte al fondo de solidaridad personal, se pasa a referirse a este tópico, por vía de la consulta de sentencia a favor de COLPENSIONES.

Respecto de las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES por parte PROTECCIÓN S.A., encuentra la Sala que la orden impartida por la *a quo*, de trasladar a Colpensiones el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo cotizaciones, cuotas de administración vigentes a partir del 1 de noviembre de 2003, con los rendimientos que se hubieren causado, como si hubieran permanecido en el RPM, es acertada, sin embargo, la sentencia deberá ADICIONARSE en sentido que la devolución, deberá incluir no solo el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor al momento de dar cumplimiento a la sentencia con sus intereses, sino también la totalidad de los aportes pensionales que hubiera recibido a favor del demandante, incluidos los porcentajes destinado a cuotas de administración y seguros previsionales, etc, es decir, el 100% de la cotización, con sus rendimientos y sin descuento de ninguna índole, pues 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 cotización de la 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.

Así lo dispone el art. 1746 del C.C., según el cual, *“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, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019*, 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.”*

Ahora, respecto de la excepción de prescripción, para esta Sala, la figura jurídica de la caducidad o prescripción de la acción para reclamar sobre cualquier acto que tenga que ver con el reconocimiento de pensión mientras ella esté en formación, no tiene cabida como lo ha precisada la SCL de la H. CSJ al analizar la prescripción de la acción para demandar el derecho a la pensión o al pago de las cotizaciones o cualquier otra situación que permita o acceder al derecho a la citada prestación por ser un derecho fundamental, lo que impide que el derecho mismo a accionar caduque o prescriba, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto negó la prosperidad de la excepción de prescripción.

Finalmente, respecto de los argumentos de PROTECCIÓN S.A. en los alegatos, la Sala no hará pronunciamiento, pues con los mismos, se hace cuestionamientos a la sentencia de primera instancia que no fueron objeto de apelación por esta entidad y que conforme al Art. 66A del CPT y la SS, la Sala no puede abordar, pues la sentencia se conoce solo en consulta en favor de Colpensiones.

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

Sin costas en esta instancia, por haberse conocido el proceso en consulta de la sentencia de primera instancia en favor de COLPENSIONES.

## 6. 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 27 de junio de 2019 proferida por el JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **FERNANDO RODRÍGUEZ ZARATE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la



**ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A., ADICIONÁNDOLA** en el sentido de indicar que la devolución de dineros a **COLPENSIONES** por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, debe incluir no solo el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus intereses al momento de dar cumplimiento a la sentencia, sino el importe del porcentaje que como cuota de administración haya descontado de la cotización del demandante, es decir, el 100% de la cotización, sin descuento de ninguna índole.

**SEGUNDO:** SIN COSTAS en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes en ESTADOS.

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,

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL  
SUPERIOR DE MEDELLÍN – SALA LABORAL -  
HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por estados  
N ° **130** del **27 DE JULIO DE 2021**.

**consultable aquí:**

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>

**Firmado Por:**

**FRANCISCO ARANGO TORRES  
MAGISTRADO**

**TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA**

**JAIME ALBERTO ARISTIZABAL GOMEZ  
MAGISTRADO**

**TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA**

**JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ  
MAGISTRADO**

**TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD 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: **bde0612de3e53a91bead8b2a8c5d2e951801eeda90932da1d9251a9dad48204**

Documento generado en 26/07/2021 02:49:58 PM