

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El nueve (09) de febrero de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **GLADYS AUXILIO TORO BEDOYA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (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. 05001-31-05-010-2018-00635-01.

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

#### 1. ANTECEDENTES:

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

Igualmente solicita que se condene a Colpensiones a reconocerle y pagarle la pensión de vejez, así como la totalidad de los perjuicios morales y materiales ocasionados con la omisión del fondo privado.

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata la actora, que nació el 12 de mayo de 1961, y que, al comenzar su vida laboral trabajó para la gobernación de Antioquia desde el 16 de mayo de 1986 hasta el 21 de mayo de 1990, posteriormente laboró para el Municipio de la Ceja-Antioquia desde el 2 de junio de 1990 hasta el 15 de mayo de 1995, y que se afilió al extintito ISS hoy COLPENSIONES el 19 de

septiembre de 1994, señala que el 11 de enero de 1996 se trasladó al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., posteriormente se trasladó a SANTANDER y luego a ING hoy PROTECCIÓN S.A.

Aduce que, que el asesor de PROTECCIÓN S.A. le manifestó que podría acceder a la pensión a cualquier edad, incluso con mayor mesada pensional, omitiendo informarle las condiciones necesarias para ello, pero nunca le suministraron información consistente en la edad y en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para acceder a la prestación, ni con que IBC debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada o completar el capital para poder acceder a una pensión de vejez, tampoco le indicó sobre las ventajas o desventajas de trasladarse del RPM al RAIS, ni le brindó información relacionada con la forma en que sería liquidada su pensión y las variables que tendría que tener en cuenta al momento de hacer el reconocimiento, ni le informaron acerca de los costos o comisiones que le cobraría dicho fondo por el movimiento de su cuenta individual, ni respecto a las modalidades de pensión y características de cada una, por lo que no le suministraron información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta con respecto a las consecuencias legales y económicas que tendría su cambio de régimen.

Expone que, le solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, a lo cual dicha entidad responde que no es posible dicho traslado. Así mismo solicitó ante PROTECCIÓN S.A. la realización de una proyección pensional.

## **2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La oficina judicial de primera instancia, despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y declarando en consecuencia que estuvo válidamente afiliada y sin solución de continuidad en el RPMPD que administra actualmente COLPENSIONES.

Así mismo, condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, el monto del capital ahorrado por la demandante desde el 11 de enero de 1996, hasta el momento en que se haga el traslado efectivo del capital con sus respectivos rendimientos financieros a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, así mismo deberá devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, así como los descuentos efectuados para

garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

Ordenó a COLPENSIONES a recibir los valores aludidos, y a incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante.

Seguidamente condenó a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez a la demandante, bajo las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, con la precisión que su disfrute será a partir de la desafiliación del sistema de pensiones por parte de la demandante.

Para fulminar condena, el *a quo* consideró que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconvenientes de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego, señaló que en el proceso no se probó por parte de PROTECCIÓN S.A. que, al momento de la afiliación de la demandante, haya cumplido con el deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de un consentimiento suficientemente informado la suscripción del formulario de afiliación pre impreso, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

Acto seguido declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios frente a COLPENSIONES, y las demás excepciones quedaron implícitamente resueltas, absolvió a todas las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

Finalmente condeno en costas a PROTECCIÓN S.A. y en favor de la demandante.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

La anterior decisión fue apelada por la apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., respecto a la condena que se le impuso de trasladar los dineros correspondientes a las cuotas de administración y las primas del seguro previsional, indicando que no

procede en este caso lo resuelto por la juez, por cuanto el descuento por la comisión de administración es autorizado por la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, norma que faculta a los fondos de pensiones a realizar el descuento del 3% sobre el 16% realizado por los afiliados, pues dicho descuento se utiliza para cubrir los gastos de administración y pagar las primas del seguro previsional, además de ser un descuento que opera en ambos regímenes.

Expone que como obra prueba en el expediente certificado de los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, se demuestra que sus aportes obtuvieron ganancias significativas frente lo ahorrado, por lo que ello ya cuenta que fueron debidamente administrados por PROTECCIÓN S.A.

Manifiesta que la condena de primera instancia que ordena a PROTECCIÓN devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, porque está recibiendo una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, adicionalmente se le estarían trasladando los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN S.A., que por mucho supera incluso la rentabilidad que hubiesen obtenido en el RPM.

Aduce que, de manera analógica se viene aplicando el contenido del artículo 1746 del Código Civil frente a las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, dicha norma dispone cuáles son los efectos de la declaratoria de la nulidad pronunciada en sentencia, sin embargo, la aplicación de dicha norma a los procesos de ineficacia se estaría realizando, primero, de forma parcializada y segundo, violando el principio constitucional de inescindibilidad de la ley, pues bajo la óptica del artículo 1746 se está ordenando trasladar la totalidad del aporte recibido, según el *a quo* porque el negocio jurídico no produjo ninguno de los efectos para las partes, pero se descuida que si se generan efectos jurídicos para las partes respecto de los rendimientos financieros que de la cuenta de ahorro individual de la demandante se causaron fruto de la gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, pero se omite que la misma norma plantea claramente que será cada cual el responsable de la pérdida de las especies de su deterioro, de los intereses y frutos y el abono de las mejoras necesarias útiles o voluntarias.

Indica que si se le da aplicación estricta al contenido de la mencionada norma, respecto de la declaratoria de la ineficacia y sus consecuencias, en caso de declararse la

ineficacia de la afiliación, las cosas vuelven al estado anterior y en estricto sentido no se produciría las siguientes consecuencias, el contrato de afiliación no existió y por ello PROTECCIÓN S.A. no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual y de allí a que los rendimientos que se ordenan trasladar con destino a COLPENSIONES tampoco se coabsorben y por ello no existió el cobró de una comisión de administración.

Aduce que, aunque se declare la nulidad y la ineficacia de la afiliación y se esté ordenando trasladar los rendimientos financieros fruto de la gestión de PROTECCIÓN S.A., se está desconociendo que el bien administrado produjo dichos frutos y mejoras, producto de la buena gestión de administración que realizó PROTECCIÓN, y al tenor literal de la disposición del Código Civil lleva a inferir que PROTECCIÓN S.A. tiene derecho a conservar la comisión de administración si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la afiliada.

Manifiesta que no se debe trasladar lo descontado para la prima de seguros previsionales, por cuanto dicho porcentaje fue sufragado a una compañía aseguradora que cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, en caso que la demandante hubiera sufrido de las contingencias de invalidez y sobrevivencia. Además, dicho descuento no se realiza a capricho de las administradoras, pues es un mandato legal que incluso COLPENSIONES está obligado a cubrir, adicionalmente se estaría desnaturalizando el contrato de seguros porque se estaría pretendiendo que la no ocurrencia del siniestro, faculta al demandante a recobrar por lo que concepto de seguros ya se ha pagado.

Expone que, frente al cobro del 3% destinado a comisión de administración si opera el fenómeno de la prescripción, primero porque es un concepto de tracto sucesivo, causado por la periodicidad que le impone la Ley, segundo porque dicho porcentaje no está financiando la pensión de vejez y tercero porque lo que se ha declarado como imprescriptible es el acceso a buscar la declaratoria judicial de la ineficacia, por ende los créditos y obligaciones que de esta declaratoria se deriven si gozan del fenómeno de la prescripción.

Por lo anterior le solicita al Tribunal Superior de Medellín se revoque la orden de devolver las cuotas de administración.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados de la demandante y COLPENSIONES allegaron escritos de alegatos de conclusión, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

### **ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.**

La decisión de un afiliado que estaba cotizando en el I.S.S. o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100, de trasladarse al RAIS, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, los efectos que en su caso se generan si toma la decisión de trasladarse

Para este apoderado judicial, no queda duda que las entidades que administran el régimen de ahorro individual, no sólo tienen el deber sino la obligación de brindar asesoría personalizada, completa, y eficaz, con el fin de entregar al afiliado toda la información necesaria para que éste tome la mejor decisión, en la medida en que es ella la que cuenta con el conocimiento de la normatividad que regula el Régimen con sus características particulares, la formación en materia financiera y la experiencia, mientras que el ciudadano que pretende afiliarse, ignora tales detalles y confía plenamente en que recibirá la asesoría adecuada y completa, para de ese modo tomar una decisión informada, libre y voluntaria.

Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la Ley 1328 de 2009 artículos 3,5,7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, lo cierto es que esta obligación se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado de la demandante, la señora GLADYS AUXILIO TORO BEDOYA, sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100. Para ello baste citar, el artículo 13 literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100, en concordancia con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.

Respecto a este deber de información se tiene que la señora GLADYS AUXILIO TORO BEDOYA, no se le brindó la asesoría adecuada, aspecto que compartimos con él a quo.

### **CARGA DE LA PRUEBA EN PROCESOS DE INEFICACIA DE AFILIACIÓN**

La jurisprudencia de la sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido consolidándose como precedente vertical, desde el año 2008 con las sentencia con radicado 31.314 y 31.989 del 9 de Septiembre de dicha anualidad, posteriormente en sentencias con radicado 33.083 del 22 de noviembre de 2011, en sentencias como la SL 12136 radicado 42.292 del 3 de septiembre de 2014, sentencia de instancia SL 17595 del 18 de Octubre de 2017, SL 4296 de 2018, SL 1452 del 2018 y SL 1688 de 2019.

Es evidente entonces que el fondo privado en el proceso que hoy nos convoca no cumplió con este deber o carga procesal impuesta, pues no logro demostrar que se hubiese asesorado la señora GLADYS AUXILIO TORO BEDOYA, con tal especialidad que incluso desmotivara a afiliarse en el Régimen de ahorro individual.

### **PRECEDENTE JUDICIAL**

Ahora, la jurisprudencia ha sido pacífica en casos similares como el de la señora GLADYS AUXILIO TORO BEDOYA, por lo que con todo respeto solicitamos a la Honorable sala de decisión, acatar el precedente judicial, vertical y horizontal en el presente proceso. En diferentes providencias de esta Sala se ha demostrado el precedente horizontal con respecto a este proceso, y en ellos traigo a colación la sentencia del 08 de julio de 2020, con radicado 05001-31-05-005-2018-00602-00.

Pese a que el adquo reconoció la pensión de vejez de la señora GLADYS AUXILIO TORO BEDOYA, al haber causado el derecho a la misma se negaron los intereses moratorios deprecados sin embargo insiste esta defensa en que los intereses moratorios se causan en virtud a la demora que pueda surgir en la demora en el reconocimiento y pago de la pensión de pues téngase en cuenta que dicho emolumento se configura desde la causación de cada mesada pensional ese ha sido el entendimiento que le ha dado el órgano de cierre de esta especialidad laboral al tema, en sentencia SL 3130 DE 2020 entre otras, en sentencias SL21275 y 21405 de 2017, raditaciones 55037 y 59657.

En caso de que no se acceda a la solicitud de intereses, subsidiariamente se reconozca la indexación de los valores que puedan ser reconocidos atendiendo la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

## **ALEGATOS DE COLPENSIONES.**

Es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, contenido en la sentencia **SL 373** del 10 de febrero del 2021, Magistrada Ponente **CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**, la cual moderó el precedente respecto a la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia, esto es, retrotraer las cosas al estado anterior, tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual.

No obstante, lo anterior, no son de recibo las consideraciones presentadas por el Juez de primera instancia por cuanto la demandante al momento de presentar la demanda en el año **2018** contaba con **57** años de edad, situación jurídica que la deja inmersa dentro la prohibición legal de traslado consagrada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Por otra parte debo señalar que la demandante en el desarrollo de proceso no demostró por ningún medio probatorio que ejerció de manera oportuna las acciones jurídicas tendientes a regresar al Régimen de Prima Media, que hizo uso del derecho de retracto, tampoco se trasladó dentro del año de gracia otorgado con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, no se trasladó antes de cumplir 47 años, y sin que sea menos trascendente, se debe resaltar que el afiliado al sistema de pensiones, también debe cumplir con unas prácticas de protección al consumidor financiero del sistema general de pensiones, deberes del afiliado consagrado en el Decreto 2241 del 2010 que en su artículo 4 señala “... los consumidores financieros del sistema general de pensiones tendrán los siguientes deberes, en los que les sea pertinente: (...) Leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación, así como diligenciar y firmar los mismos y cualquier otro documento que se requiera dentro del Sistema General de Pensiones, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 25 del Decreto 692 de 1994 y las normas que lo modifiquen o sustituyan”, el cual establece el Régimen de Protección al consumidor financiero, entre ellas, la demandante debió informarse de las características del Régimen pensional al cual se estaba afiliando, indagando sobre las condiciones generales, exclusiones, derechos, obligaciones emanadas de dicha afiliación y exigiendo explicaciones verbales o escritas necesarias y precisas que le posibiliten la toma de decisiones informadas; situación a la cual no hace referencia la demandante, quien con expresiones genéricas sobre la asesoría brindada por las AFP codemandada, pretendió acceder a lo solicitado sin cumplir con la carga probatoria que le impone el artículo 164 y 167 del Código General del Proceso.



Por último y en el caso de que se confirme la sentencia de primera instancia solicito señores magistrados se ordene a los fondos privados trasladar debidamente actualizado el saldo de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, cuotas de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, y cuotas de seguro previsional, ello si se tiene que en sentencia ito que sirve de base para la declaratoria de ineficacia de traslado SL 81989 de 2008 se ordenó a los fondos de pensiones privados incluso con cargo a su propio patrimonio la devolución de la totalidad de la cotización.

## **5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:**

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

Igualmente, en sede de consulta en favor de Colpensiones, habrá de determinarse si la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez y en caso afirmativo, los términos en que dicha prestación debe ser reconocida.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes.

## **6. CONSIDERACIONES:**

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de PROTECCIÓN S. A, se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de

entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

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

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

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

En el presente asunto, está probado, que la actora, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según certificado del SIAFP visible a folio 174 del expediente, se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 11 de enero de 1996, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 66, con efectividad al 1 de febrero de 1996, como se anota del certificado del SIAFP que milita a folio 174 del plenario (Documento 01 del expediente digital).

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1996 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:11:40 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 10 del expediente digital), no confiesa que la AFP PROTECCIÓN S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no manifiesta que se le haya ilustrado sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

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, lo cual no probó la AFP PROTECCIÓN S.A., siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1996 cuando se trasladó del RPM administrado por el

extinto ISS a la AFP PROTECCIÓN S.A., así como los posteriores traslados realizados entre administradoras del mismo régimen.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que, la orden impartida por la *a quo*, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, y por tal razón debe ser CONFIRMADA y en consecuencia deben devolverse a Colpensiones el 100% del valor de las cotizaciones, con sus rendimientos financieros sin descuento de ninguna índole, pues contrario a lo manifestado por la apoderada de PROTECCIÓN S.A. en su recurso de alzada, 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.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”*.

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, en la que precisó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación dla actora, 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 la actora 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 cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”*

Asimismo, contrario a lo manifestado por la apoderada de PROTECCIÓN S.A. es importante recordar que al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir con su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Ahora, en la sentencia de primera instancia, se ordenó la devolución del importe de bonos pensionales a COLPENSIONES, encontrándose que en este particular caso, la demandante antes de su afiliación registra tiempos servidos en el sector público, antes de su afiliación al ISS y su posterior traslado al RAIS, tiempos públicos que pueda generar la emisión y pago de bono pensional distinto al tipo A, por lo que se precisará en esta instancia que el importe de bonos pensionales que haya recibido PROTECCIÓN S.A. que debe entregar a COLPENSIONES, son los distintos al tipo A, los que esta Sala ha ordenado que sean devueltos al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES toda vez que al ser ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional, tipo A, y por tal razón, si este fue pagado se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE

HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

Respecto de la afirmación que realiza el apoderado de COLPENSIONES en sus alegatos sobre la imposibilidad legal de traslado de régimen, derivada de la restricción temporal impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende la demandante, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

De otra parte, respecto de la prescripción de las cuotas de administración planteada en la apelación de PROTECCIÓN S.A. ella no opera, toda vez que la obligación de restituirlas estas se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de las sentencias que la declaran, por lo que no sería procedente la prescripción de las cuotas de administración.

Por último, respecto de la solicitud en los alegatos de COLPENSIONES que se ordene a los fondos privados trasladar debidamente actualizado el saldo de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, cuotas de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, y cuotas de seguro previsional, tal orden de indexar fe proferida por el juez.

#### **DE LA CONDENA AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A CARGO DE COLPENSIONES:**

En cuanto a la condena al reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, aspecto que se revisa en esta instancia en CONSULTA de la sentencia en favor de esta entidad, debe señalarse primeramente que habiéndose declarado la ineficacia del traslado de la accionante al RAIS, el derecho que tenga el demandante a la prestación de vejez, debe analizarse con los requisitos legales del sistema general de pensiones, consagrados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993,

modificado por el 9 de la ley 797 de 2003, por no ser esta beneficiaria de la transición del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como bien lo dejó establecido el fallador de primera instancia.

Aquella norma legal exige como requisitos para obtener la citada prestación, 57 años de edad en el caso de las mujeres y 1300 semanas cotizadas.

En este caso, la señora TORO BEDOYA, al haber nacido el 12 de mayo de 1961, como se prueba con la copia de su cedula de ciudadanía que milita a folio 43 del plenario (Documento 01 del expediente digital), acredita que arribó a la edad mínima pensional de 57 años el mismo día y mes del año 2018, y que además cuenta con más de **1.300 semanas cotizadas** según la historia laboral actualizada al 03 de diciembre de 2018 aportada por PROTECCIÓN S.A., visible a folios 175 a 184 del expediente, se concluye que efectivamente, como lo sentenció el fallador de primer grado, la demandante cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez en aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por lo que habrá de confirmarse igualmente dicho aspecto de la decisión consultada.

No obstante, considera la Sala efectuar algunas precisiones respecto de la forma como se debe reconocer la pensión a la actora, estableciendo que el ingreso base de liquidación, se determinará conforme lo previsto en el Art. 21 de la Ley 100 de 1994, y la tasa de reemplazo conforme lo establece el Art. 34 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones del Art. 10 de la Ley 797 de 2003

Igualmente se deja definido que como quiera que la pensión reconocida a la actora se causó en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011, conforme a la citada norma constitucional, se reconoce con trece mesadas al año.

Finalmente, respecto del pedido del apoderado de la actora que se le reconozcan los intereses moratorios deprecados o subsidiariamente la indexación de los valores que puedan ser reconocidos atendiendo la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, tal asunto no fue objeto de apelación por lo que no será resultado en esta instancia.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. por haber sido vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

## **7. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 25 de enero de 2022 proferida por el JUZGADO DECIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **GLADYS AUXILIO TORO BEDOYA** contra **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**, PRECISANDO que se hubiese pagado bono pensional tipo A, a favor de la demandante, la devolución del importe del mismo, debe efectuarse al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES. Respecto del importe de bono pensional distinto al tipo A, se confirma que debe ser entregado a COLPENSIONES.

**SEGUNDO: DECLARAR** que la pensión a la que se condena a reconocer y pagar a COLPENSIONES a favor de la demandante, se liquidará, con el ingreso base de liquidación, previsto en el Art. 21 de la Ley 100 de 1994, y la tasa de reemplazo conforme lo establece el Art. 34 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones del Art. 10 de la Ley 797 de 2003. La pensión se pagará en el número de 13 mesadas al año, es decir con la mesada adicional de diciembre.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a favor de la actora y cargo de PROTECCIÓN S.A. como agencias en derecho se fija la suma de \$1.160.000.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido,

Los magistrados,



**Firmado Por:**

**Francisco Arango Torres**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Jaime Alberto Aristizabal Gomez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**John Jairo Acosta Perez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **669229ce44c7fedd98bd6415ecc2c1ed0aa3d0090e89bd9647271473cfc539ae**

Documento generado en 09/02/2023 02:16:26 PM

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