

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintitrés (23) de marzo 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 **MARCELA INÉS CLAVIJO OLMOS** 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. 05001-31-05-020-2020-00245-01.

#### AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad RST ASOCIADOS PROJECT S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de Colpensiones en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada LEIDY MARCELA ÁLVAREZ ROMÁN portadora de la T.P. 278.531 del C. S. de la Judicatura, para que represente a COLPENSIONES en este proceso como apoderada sustituta

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 nulidad e 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 la actora, que se afilío al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES desde el mes de abril de 1994, y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. en el mes de agosto de 1994.

Expone que al momento del traslado la AFP no le suministro información consistente en las características y diferencias de un régimen y otro, la forma de construir el valor de su mesada, las modalidades de pensión, las desventajas que podía tener frente al RPM, ni le dio información sobre la fecha de redención del bono pensional, ni le hizo una proyección, ni le habló del derecho de retracto, por lo que no le brindo información clara, precisa y veraz acerca de los alcances y consecuencias de su traslado de régimen, ni le realizó un estudio previo, individual y concreto sobre las desventajas que le traería trasladarse de régimen, pues solo se limitó a destacar que tendría un buen interés anual y que ello implicaría una mejor pensión hacia el futuro.

Aduce que PROTECCIÓN S.A. no le realizó reasesoría en el momento oportuno que evitara un perjuicio inminente, pues solo se limitó a realizar una proyección en ambos regímenes sin mencionarle que los valores calculados en el fondo privado serian bajo la modalidad de retiro programado.

Indica que el 09 de julio de 2020 solicitó a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES su traslado de régimen a COLPENSIONES, a lo cual dichas entidades respondieron desfavorablemente.

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

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la INEFICACIA del traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., y en consecuencia declaró que estuvo válidamente afiliada y sin solución de continuidad en el RPM que administra actualmente COLPENSIONES.

Seguidamente condenó a PROTECCIÓN S.A. a que en un término no mayor a 30 días, luego de la ejecutoria de la decisión, proceda a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes efectuados por la demandante, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional, sumas que deberán ser indexadas con cargo a sus propios recursos.

Consecuencialmente ordenó a COLPENSIONES, recibir la totalidad de los aportes indicados en la sentencia, provenientes de la AFP. PROTECCIÓN S.A., con los rendimientos financieros; y de esta manera reactivar la afiliación de la demandante al RPM, convalidando dichos aportes en semanas que se vean reflejadas en la historia laboral de la parte actora, y a continuar administrando los mismos, como consecuencia de la permanencia de la demandante en el RPM.

Finalmente condenó en costas a COLFONDOS S.A. en favor de la demandante fijando como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV

Para fulminar condena, la *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que 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 inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de la AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información al afiliado al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de la AFP demandada que hayan cumplido con su 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 ese consentimiento informado la suscripción del formulario de afiliación, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado de la demandante a PROTECCIÓN S.A.

Arguye que las sumas deben de ser devuelta indexadas para compensar la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

La sentencia fue apelada por las apoderadas judiciales de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

#### **APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.**

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. apela parcialmente la sentencia, en cuando a lo ordenado a PROTECCIÓN S.A. de trasladar con destino a COLPENSIONES además del capital de la demandante sus rendimientos y lo correspondiente a gastos de administración y seguro previsional, argumentando que conforme a la línea jurisprudencial emanada de la CSJ el efecto que se persigue a través de la declaración

de la ineficacia, no es otro más que asumir la inexistencia de la afiliación del demandante al RAIS y asumir que en contraposición ha permanecido vinculado y sin solución de continuidad al RPM, siendo eso lo pretendido se debe ser congruente con el efecto que se persigue y la decisión o condena que se emite por parte del despacho en contra de PROTECCIÓN S.A..

Manifiesta que solicita a los magistrados modificar la decisión proferida en primera instancia teniendo en cuenta los siguientes panoramas que se presentan; el primero, asumir que la afiliación al demandante al RAIS no existió y como consecuencia se tendrían que tomar por inexistentes los rendimientos que se han generado en su cuenta de ahorro individual, pues no puede considerarse que el acto principal, es decir la afiliación es inexistente pero que siguen conservando la existencia de lo que se ha derivado de ese acto principal como son los rendimientos, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, por lo que se debe aplicar esta regla a la relación entre la afiliación y los rendimientos, por lo que tampoco habría lugar a cobrar una cuota de administración ni lo correspondiente a un seguro previsional, por ello sería procedente trasladar a COLPENSIONES lo correspondiente a las cotizaciones integras sin haber descuento alguno por concepto de gastos de administración y seguro previsional, pero conservándose por parte de PROTECCIÓN S.A. lo que se ha generado por concepto de rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante.

El segundo panorama es asumir que la afiliación al RAIS no existió, pero que sus rendimientos se hubieren podido generar en los mismos términos si el demandante hubiese permanecido afiliado al fondo de pensiones hoy administrado por COLPENSIONES, en consecuencia sería necesario tener en cuenta que COLPENSIONES hubiese descontado lo correspondiente a una cuota de administración y al seguro previsional, por ello entonces habría lugar a trasladar con destino a COLPENSIONES la suma correspondiente al capital del demandante junto con sus rendimientos y sin haber condena por gastos adicionales.

Expone que se plantean los dos panoramas con la intención de llegar a una condena que resulte congruente y especialmente con el objetivo de buscar una aplicación uniforme de los efectos de la ineficacia, esto es de la inexistencia y no parcializado como en la decisión proferida por la a quo, pues no se puede tomar por inexistente el acto principal como lo es la afiliación, pero considerarse existentes los actos accesorios o que se han derivado ese acto principal como lo son los rendimientos.

Aduce que en cuanto a los gastos de administración son dineros que se descontaron por misterio de la Ley, que ya cumplieron con su finalidad o su destinación legal y que además se encuentran superadas significativamente por lo que se ha generado por concepto de rendimientos, máxime cuando se tiene que estas dos sumas de dinero adicionales deberían ser pagadas como parte del patrimonio de PROTECCIÓN S.A.

Indica que COLPENSIONES puede verse inmerso en un enriquecimiento sin causa, pues estaría recibiendo una doble erogación por parte de PROTECCIÓN S.A., sin mencionar que PROTECCIÓN S.A. sufriría un detrimento patrimonial en tanto que asumir dichas sumas de dinero de su propio patrimonio, después de haber aplicado lo correspondiente a los descuentos por ministerio de la Ley y en cumplimiento de un deber legal en virtud del principio de confianza jurídica que se tiene, además que contravendría el principio de sostenibilidad financiera en tanto son erogaciones que salen del patrimonio directo de la AFP.

Por lo anterior solicita al Tribunal se modifique la decisión proferida por la juez de primera instancia y haya lugar a las restituciones mutuas.

#### **APELACIÓN DE COLPENSIONES.**

El apoderado de COLPENSIONES apeló la sentencia, indicando que no es dable la declaratoria de la ineficacia de los actos demandados, pues los mismo cumplieron los requisitos de fondo y de forma para ser válidos, el traslado se dio en debida forma y sin que hubiesen mediado circunstancias que pudieran invalidar dichos actos jurídicos.

Expone que la AFP dio cumplimiento a lo que en su momento correspondía al deber de información y buen consejo, y que del debate probatorio se puede colegir, que de los medios probatorios no se llega a un grado de verdad procesal que permita probar sin lugar a dudas el conocimiento y sentimiento de los afiliados respecto del traslado, por lo que si bien existe una intervención de asesoría de la administradora de pensiones que podría generar un vicio en la voluntad del afiliado, ello debe de demostrarse pues de lo contrario predominarían las conjeturas y suposiciones en un tópico de especial importancia como es el traslado de un afiliado estando a puertas de adquirir el estatus pensional y se debe proteger el principio de la sostenibilidad financiera del sistema.

Manifiesta que solicita al Tribunal Superior de Medellín que adicione la sentencia en lo relativo a los rubros que deben ser trasladados a COLPENSIONES con ocasión a que

se ordene el traslado con indexación de los valores que corresponde a las cotizaciones y los rendimientos financieros, teniendo en cuenta la Sentencia SL 1251 de 2020.

Por lo anterior solicita al Tribunal revoque la sentencia de primera instancia y se proceda a absolver a COLPENSIONES de todas y cada una de las condenas impuestas.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, la apoderada judicial de COLPENSIONES y de la parte DEMANDANTE, allegaron escrito de alegaciones, en los siguientes términos:

##### **COLPENSIONES:**

“No es procedente imponerle la carga a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, de recibir y pensionar a afiliados que en muchos años anteriores deciden libre y voluntariamente cambiar de régimen y fondo pensional; y solo cuando están próximos a pensionarse deciden indagar, realizar comparaciones y querer cambiar de régimen, pues el demandante decidió elevar su solicitud de traslado cuando ya estaba próximo a pensionarse y que además no cotizaron al régimen de prima media POR UNA GRAN VARIEDAD DE AÑOS; Que sus cotizaciones durante la mayoría de sus vida laborales las realizaron a las codemandadas.

es de anotar que el demandante supera la edad permitida para trasladarse de régimen, lo cual deriva en la prohibición de traslado consagrada en el art 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Ahora en caso tal que el HONORABLE TRIBUNAL, decida confirmar la orden **de NULIDAD DE TRASLADO**, respetuosamente solicito se ORDENE que la devolución de los aportes, por parte de los fondos privados comprendan la totalidad del aporte realizado en concordancia con las sentencias de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SL17595 del 2017

De igual forma y teniendo en cuenta que mi representada siempre obra bajo el principio de buena fe, y que no tuvo injerencia alguna en el objeto del litigio, respetuosamente solicito **NO SEA CONDENADA EN COSTAS** mi representada en ninguna de las instancias.”

**DEMANDANTE:**

“Será lo primero solicitar respetuosamente a los Honorables Magistrados que CONFIRMEN en su integridad el fallo proferido por la juez de primera instancia, teniendo en cuenta para ello, la nutrida jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, en la que se han analizado situaciones fácticas similares a las de mi representada, quiero resaltar que ha sido enfática esta Corporación en lo relativo a las obligaciones impuestas a los Fondos de pensiones.

Ha de tenerse en cuenta que son 4 los problemas jurídicos que la Corte ha planteado para resolver los procesos de ineficacia de traslado de régimen, como el que nos ocupa.

El primero de ellos es el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, si bien, con el transcurrir del tiempo se han impuesto nuevas y más exigentes obligaciones a las AFP's, lo cierto es que desde la misma expedición de la Ley 100 existe un deber mínimo de información, así se desprende de los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, así mismo del Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993 modificado por el artículo 27 de la Ley 797 de 2003, así como las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, el no menoscabo de derechos laborales y la autonomía personal, lo que no puede traducirse en algo diferente a que el deber de información surge desde su misma creación.

Sin embargo, tal y como quedó probado en el proceso, Protección no cumplió con ese deber de información para el momento que realizó la afiliación de la señora MARCELA INES y que conllevó a su traslado de régimen.

El segundo problema planteado por la Corte, es relativo al consentimiento vertido en el formulario, anotando que este es insuficiente y es que, si bien existe formulario de afiliación suscrito por la demandante, la sola firma en un papel preimpreso no prueba de ninguna manera que el consentimiento haya sido informado, pues a la señora CLAVIJO OLMOS, en modo alguno le proporcionó Protección una ilustración de las consecuencias que podría tener su traslado al régimen de ahorro individual.

El tercer problema es la carga de la prueba, la cual se invierte a favor del afiliado, y esto se ha instituido en estos procesos como una regla de justicia, teniendo en cuenta que el afiliado está en una situación más compleja de probar y que además, frente a una negación indefinida pues se traslada la carga de la prueba, siendo obligación del fondo probar que cumplió con dichos deberes, documentación que fue completamente ausente por parte de Protección en el presente proceso.

El cuarto problema es el alcance de la Jurisprudencia en torno al tema que hoy se debate. Para ello me permito citar la sentencia SL 1688 de mayo de 2019.

*“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.*

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL 12136-2014, CSJ SL 19447, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 y SL 1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.”*

Siendo claro entonces, que ese deber de información se debe analizar aun en los casos que como el de la señora CLAVIJO OLMOS no tenía un derecho causado ni una expectativa por una transición.

Igualmente, solicito la CONFIRMACIÓN del fallo respecto de la orden impuesta relativa a la historia laboral.

Todo lo anterior, en armonía con las sentencias posteriores y que se han dado a la fecha en donde se mantiene uniforme dicho criterio, que además constituyen el precedente y por lo que de forma respetuosa solicito se aplique.”

## **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.

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. y COLPENSIONES, se consultará la



sentencia en favor de esta última entidad 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 historia laboral emitida por COLPENSIONES visible a folios 45 y 46 del documento 17 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 12 de julio de 1994, con efectividad al 1º de agosto de 1994 como se anota en el certificado SIAFP que milita a folio 45 del plenario (Documento 20 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 1994 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, escuchado el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:24:33 del video de la audiencia de, conciliación y trámite (Documento 32 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 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, conforme lo señaló la *a quo*, 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, 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 la demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por el ISS hoy COLPENSIONES a la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A.

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, la misma debe ser CONFIRMADA, es decir, que la AFP deberá devolver a Colpensiones el 100% del valor de las cotizaciones, con sus rendimientos financieros 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.

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 dlla 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. 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, respecto de la indexación de las sumas a reintegrar por PROTECCIÓN S.A., ella es procedente respecto de las sumas de gastos de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de

pensión mínima, conforme lo ha establecido la CSJ en las sentencias SL1688 de 2019 SL 2932 de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021.

No obstante lo anterior, no le asiste razón a COLPENSIONES en su apelación, respecto que se realice la indexación sobre las cotizaciones y sus intereses o rendimientos abonados en la cuenta de ahorro pensional de la demandante, por cuanto estos rubros ninguna depreciación sufrieron por haber generado sus intereses y tampoco se ha alegado ni probado que la suma estos conceptos sean inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, por lo que la sentencia de primera instancia será confirmada en el sentido que la indexación solo opera respecto de los gastos de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima.

De otra parte, se afirma en los alegatos de COLPENSIONES, que la declaración de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, y la reactivación la afiliación al RPM, atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano establecida en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, por la inexistencia de equivalencia entre los valores recibidos y los valores requeridos para el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante.

Respecto del anterior argumento, se ha de manifestar, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que la actora estuvo afiliada al RPM era beneficiaria de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las norma legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, principio al que quien se debe someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

Ahora, el hecho que la actora regrese al RPM, de COLPENSIONES, no necesariamente le va a causar una carga financiera a esta entidad o mejor a los recursos del fondo común de los afiliados, por un mayor monto de la pensión en el RPM, pues el monto de la pensión de vejez, tanto en el RAIS como en el RPM depende de muchas situaciones de hecho ciertas, y de voluntad del afiliado, que no están plenamente probadas en ese proceso, y otras que incluso pertenecen al mundo del

azar, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en que el monto de la pensión en el RAIS sea reducido, o si por ejemplo en el RPM por azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando como independiente con el IBC en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

Pero, es más, eventualmente pudiera suceder que un afiliado al RPM, fallezca sin que tengan beneficiarios que legalmente puedan acceder a las prestaciones de sobrevivientes, caso en el cual los dineros de sus cotizaciones, quedan en el fondo común de COLPENSIONES. También puede acontecer que el afiliado no alcance a obtener la pensión de vejez, sino la indemnización sustitutiva, la que es evidentemente inferior al monto de las cotizaciones con sus rendimientos. Igualmente puede ocurrir que el afiliado alcance a obtener la pensión de vejez, y fallezca sin tener beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, y los dineros con los que contribuyó al fondo común no se hayan agotado, caso en el cual el saldo no utilizado queda perteneciendo al fondo común, lo que no pasa en el RAIS, pues los dineros deben ser entregados a los herederos.

Respecto de la afirmación en los alegatos de COLPENSIONES, sobre la imposibilidad de traslado de régimen 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 actora, 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.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES por haber resultado vencidas 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. de la que responden aquellas demandadas en partes iguales.

## 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 28 de marzo de 2022 proferida por el JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARCELA INÉS CLAVIJO OLMOS** contra **COLPENSIONES**, y **PROTECCIÓN S.A.**

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000. de la que responden aquellas demandadas en partes iguales.

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: **c92531cf6caad4f9c1c9d71d2a2148a25d46908cd0a38cc8bd6011119375c79d**

Documento generado en 23/03/2023 02:04:27 PM

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