

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veinte (20) de abril 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 el señor **JUAN GUILLERMO ORTIZ ESTRADA**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-006-2019-00043-01.

#### 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 JENNY FERNANDA CORREA YEPES portadora de la T.P. 238.719 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:

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 al comenzar su vida laboral se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES el 4 de diciembre de 1980

hasta el mes de septiembre de 1995, Y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A. en junio de 1995.

Expone que el 27 de agosto de 2003, cuando aún tenía la posibilidad de trasladarse de régimen, fue asesorado por PROTECCIÓN S.A. quienes le realizaron una simulación pensional, entregándole como resultado que en el fondo privado lograría una mesada pensional posible de \$2.450.320, frente a una posible pensión en el RPM de \$2.124.281, y que posteriormente el 12 de julio de 2006 PROTECCIÓN S.A. le realiza un nuevo estudio pensional donde le indicó que de continuar con su trayectoria laboral en las mismas condiciones, podría acceder a una pensión a los 62 años con una mesada pensional de \$3.047.557.

Aduce que en el 2008 le indicaron lo mismo que la asesoría anterior del año 2006, posteriormente en el año 2009 le manifestaron que la pensión sería más alta en el ISS, pero que si mantenía en el fondo privado tendría el beneficio de que la pensión es heredable, por lo que siempre estuvo con engaños en el RAIS, pues PROTECCIÓN S.A. solo le indico que el ISS se iba acabar y no tendría derecho a la pensión, que en el RAIS se pensionaria a la edad que quisiera y en todo caso menor a la requerida en el ISS, que la mesada pensional sería mayor, y que el reconocimiento de la pensión sería más expedita, por cuanto no tendría los problemas que se presentaban en el ISS.

Finalmente solicitó a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S.A. se procediera de forma directa a la nulidad del traslado, a lo cual COLPENSIONES respondió negando tal solicitud por cuanto el actor se encontraba a menos de un año para cumplir la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, por otro lado, PROTECCIÓN S.A. respondió igualmente que no era procedente por cuanto se encontraba a menos de 10 años de la edad para pensionarse.

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

La oficina judicial de primera instancia, despachó de manera desfavorable las pretensiones de la demanda, luego de concluir que la ineficacia del acto de selección o afiliación a una administradora de pensiones, se da cuando se ha coartado la voluntad del afiliado para decidir afiliarse a determinada entidad y no por la motivación equivocada que se haya tenido para realizar esa afiliación y que además la selección del régimen pensional, implica la aceptación de las condiciones propias del mismo para acceder a la pensión y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

Expone que, en caso de que en el formulario de afiliación aparezca reflejado de manera expresa que la afiliación se realizó de manera libre y sin presiones, pero ello en realidad el afiliado no tuvo esa libertad para hacerla, se configuran en consecuencia los supuestos fácticos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y debe entonces alegarse inicialmente ante el Ministerio de Trabajo como autoridad administrativa competente, a fin de que este imponga la sanción de Ley y además pierda eficacia el acto de afiliación

Manifestó que, en el caso del demandante, este se trasladó al RAIS por la asesoría que PROTECCIÓN S.A. le brindó y lo que en ella le prometió, considerando que en el RAIS le era mucho más beneficioso que el RPM, y al ser interrogado en audiencia afirmó que se trasladó porque tenía mucha confianza y credibilidad en la AFP, por lo que firmó voluntariamente la afiliación, sin embargo, en su caso no se cumple el fundamento fáctico del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para que proceda la ineficacia de dicha afiliación, y si bien se demostró en el proceso que la AFP demandada incumplió con su deber de información o asesoría a un afiliado, ello trae como consecuencia la responsabilidad de la AFP por el perjuicio causado a ese afiliado, responsabilidad que no asumen tales AFP de manera alguna cuando se declara la ineficacia de la afiliación, pero en cambio, sí se traslada al régimen público la obligación de pagar pensiones ya causadas o a punto de causarse, que legal y constitucionalmente no son de su obligación, que por alta que sea la suma que se le devuelva a Colpensiones, esta nunca será suficiente para cubrir una pensión en el RPM, lo que implica el gasto de recursos públicos, que a su vez conlleva a un detrimento de los mismos.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

La anterior decisión fue apelada por la apoderada judicial de la parte demandante, argumentando que en el presente caso se reúnen todos los requisitos legales y jurisprudenciales para que se concedan las pretensiones presentadas en la demanda, indica que acorde a lo que se presentó en proceso judicial y tal como lo demuestran las pruebas aportadas al proceso y que fueron debidamente aceptadas como fundamento de la decisión, y acorde con el decreto de pruebas, así como el interrogatorio de parte del demandante se pudo establecer que al mismo nunca se le entregó la información correcta para poder tomar una decisión consciente sobre el futuro pensional.

Afirma que conforme a lo señalado en proceso, al señor Juan Guillermo Ortiz nunca se le explicaron todas las consecuencias que representaba su traslado al RAIS, pese a que es una persona que tenía la capacidad de entenderlo, igualmente se pudo evidenciar de

forma innegable que al demandante se le mantuvo en error al indicarle en múltiples ocasiones que el monto de su pensión sería mayor si permanecía afiliado al RAIS, además antes de cumplir los 52 años de edad se le informó que su monto de la mesada pensional sería igual o superior al que pudiera recibir en el RPM, es decir, que el fondo privado no solo indujo en error al demandante al momento de firmar el formulario de afiliación, sino que lo mantuvo en error durante todo el tiempo de afiliación y hasta que ya era muy tarde para el demandante retornar al RPM.

Manifiesta que el derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución política, el artículo 53 regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral, dentro de los cuales se encuentra la garantía a la seguridad social, que comprende la obligación del estado de garantizar el derecho al pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales, así mismo la norma superior determina que la Ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana, ni los derechos de los trabajadores, además indicó que la Corte Constitucional se ha referido a los artículos citados, concluyendo que la seguridad social es un derecho fundamental cuyo desarrollo encuentra una configuración normativa preestablecida en la Constitución y Tratados Internacionales los cuales dan cuenta de una categoría fundamental íntimamente arraigada a la dignidad humana, así mismo continuo haciendo un recuento normativo del derecho a la seguridad social.

Expone que la PROTECCIÓN S.A. falto a su deber de suministrar una información completa y no le advirtió al demandante con toda claridad y transparencia la posibilidad concreta y los términos y condiciones en los cuales adquiriría la pensión de vejez, lo cual resulta riesgoso por el acogimiento al RAIS, y que es evidente que esa incorrecta información no le permitió al demandante de forma técnica y real comparar los dos regímenes y la pensión que podría adquirir en cada uno.

Indica que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han establecido que las AFP se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, por lo que están obligadas a prestar todos los servicios inherentes a la cavidad de las instituciones de carácter provisional.

Aduce que la nulidad de la afiliación del RAIS, por falta a su deber de informar de maneta integra y adecuada a los usuarios del sistema con el fin de establecer su verdadera vocación del traslado, la máxima corporación del trabajo ha señalado, que la desinformación constituye elemento suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación al RAIS administrado por los fondos privados, cuando nace producto de un traslado del RPM, ya que es obligación del fondo de pensiones proporcionar al posible afiliado

información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que a futuro representa abandonar el RPM, pues el desconocimiento de dichas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse, igualmente expone que se debe tener en cuenta la Sentencia 31989 de 2008.

Finalmente indica que para que el fallo hubiese sido favorable a la parte demandada, la misma debió haber probado de forma suficiente que le entregó la información completa al demandante al momento suscribir el formulario de afiliación, y ello no se presentó dentro del proceso, puesto que al contrario dicha la carga procesal que jurisprudencialmente se le ha entregado como carga probatoria a los fondos privados no se cumplió en el proceso.

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

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, el apoderado de COLPENSIONES allegó escrito de alegaciones, en el que señala resumidamente que tratándose de la afiliación al sistema pensional, lo primero que se advierte es que los afiliados cuentan con el **derecho de elegir libremente** a que régimen quieren pertenecer, tal y como lo indica el literal B) y E) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 que fuere modificado por la ley 797 de 2003; en esa libertad de escogencia implica una voluntad de elegir, la cual se materializa en la suscripción del formulario de afiliación.

Si bien existe una sólida línea jurisprudencial respecto a la procedencia de la declaratoria de ineficacia, lo cierto es que para el caso concreto no se encuentra probado dentro del trámite surtido que el traslado al Régimen de Ahorro Individual, realizado por el hoy demandante haya sido por falta de información o por una información insuficiente, pues como quedo establecido en la declaración rendida por este y del material documental aportado como medio de prueba, la asesora del fondo privado le suministro la información suficientes para generar un grado de confiabilidad que lo llevo a optar por la AFP privada.

Por otra parte y valga la reiteración, el demandante no puede ser trasladado nuevamente al Régimen de Prima Media con prestación definida, pues es claro que como lo manifiesta la norma, ya supero la edad permitida por la Ley para realizar el cambio de Régimen, advirtiendo además que dicha pretensión desestabilizaría el sistema financiero del régimen de prima media, pues es claro que el objeto central del presente proceso está encaminado a declarar la ineficacia del traslado en tanto existe una inconformidad de carácter netamente financiero respecto a la mesada pensional

que recibiría en uno y otro régimen, circunstancia que no deben ser interpretadas como una falta de información o como causal para la declaración de ineficacia, ya que para la fecha de traslado le era imposible determinar al fondo de pensiones, la liquidación de la pensión del demandante.

Es claro pues, que estamos frente a un asunto que involucra una comparación netamente financiera mas no sobre la esencia que dé lugar a la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico suscrito entre el demandante y la AFP, hecho que desnaturaliza el presente proceso, pues el objeto del mismo es la protección de una expectativa pensional, el cual no está siendo negado por parte de la administradora del RAIS, pues como fue acreditado en el proceso por parte del fondo privado, actualmente el demandante cuenta con una suma ahorrada que le permite hacerse acreedor de la pensión de vejez.

Por otra parte, y conforme al artículo 167 del Código General del proceso, por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias, circunstancias estas que no habilitan a que la parte demandante asuma una actitud 100% pasiva.

La Corte Constitucional ha indicado, en este sentido y en diversas providencias como en la sentencia T-122 del 2017 que nadie puede alegar su propia culpa a favor:

*“Una persona no es digna de ser oída ni menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reprochable. Para la Corte, nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma. Este principio no tiene una formulación explícita en el ordenamiento jurídico. No obstante, lo anterior, la Corte Constitucional ha hecho alusión a su naturaleza de regla general del derecho, al derivarse de la aplicación de la analogía iuris. Por ello, cuando el juez aplica dicha regla, se ha señalado que el mismo no hace otra cosa que actuar con fundamento en la legislación.”*

Aunado a todo lo anterior, respecto al derecho a la libre elección entre regímenes pensionales y los límites para hacer efectivo el derecho, es preciso recordar lo expresado en la Sentencia C1024 de 2004, la cual expresó:

*“9.2.3.2. Al resolver sobre el citado problema jurídico, en la Sentencia C-1024 de 2004, la Corte concluyó que el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 era exequible, en consideración a que el período de carencia o de permanencia obligatoria allí previsto, conduce a la obtención de un beneficio directo en favor de los sujetos a quienes se les aplica, pues además de contribuir al logro de los principios*

*constitucionales de universalidad y eficiencia, asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema pensional, preservando los recursos económicos que han de garantizar el pago futuro de las pensiones y el reajuste periódico de las mismas.*

*9.2.3.3. De manera puntual, en la aludida providencia la Corte recordó que “el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites para hacer efectivo el derecho legal de traslado entre regímenes pensionales. Ahora bien, la Corte ha sostenido que dicha diversidad de trato no puede considerarse per se contraria al Texto Superior, pues es indispensable demostrar la irrazonabilidad del tratamiento diferente y, más concretamente, la falta de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida en el logro de un fin constitucionalmente admisible”9.*

*9.2.3.4. Desde esta perspectiva, explicó que “el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes”10.(...)*

Teniendo en cuenta los argumentos antes esbozados, me permito insistir se proceda a **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.

No obstante, y de considerar la sala que es procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado, Solicito a la honorable Magistrada, ordene a la **AFP**; a trasladar a **COLPENSIONES** a más de lo condenado en la primera instancia, el valor del descuento al fondo de pensión de garantía mínima, cuotas de seguro previsional y todos los gastos de administración, así mismo, que dichos rublos sean indexados.

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, todo el avance jurisprudencial de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia en las que se encuentran la sentencia SU 062 de 2010, SU-130 de 2014 y de la Corte Suprema de Justicia de las más recientes SL 4989 de 2018 y SL 1688 de 2019, han sido vehementes en ordenar a los fondos privados el traslado de la totalidad de los aportes sin descuento alguno, todo en razón al artículo 48 constitucional precisamente porque las personas que se trasladan del régimen de ahorro individual al RPM administrado por COLPENSIONES, están aportas de pensionarse y es la entidad que represento quien debe mantener el equilibrio de sostenibilidad financiera

y solo financiar aquellas prestaciones económicas con base a las cotizaciones que efectivamente fueron realizadas.

## 5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la omisión en el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. para aceptar el traslado de régimen pensional del actor, genera únicamente que dicha AFP tenga que responder por los perjuicios causados al afiliado como lo sostuvo la juez de primera instancia o si por el contrario, dicha omisión genera ineficacia del traslado del demandante al RAIS, y en caso afirmativo, 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 APELACIÓN de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes.

## 6. CONSIDERACIONES:

La Sala se ocupará del estudio del recurso de apelación, con apego al imperativo contenido en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad social, según el cual: *“La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*

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 el actor, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, historia laboral de COLPENSIONES que reposa a folio 2 y 3 del expediente (Documento 05 del expediente digital) , se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 20 de septiembre de 1995, como se anota del formulario de afiliación a dicho fondo

que reposa a folio 153 del expediente (Documento 01 del expediente digital), con efectividad a partir del 1º de octubre de 1995, como se registra en el certificado del SIAFP que milita a folio 156 del expediente (Documento 01 del expediente digital).

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 de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1995 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 que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:18:30 del video de la audiencia de trámite y juzgamiento (Documento 07 del expediente digital), no se advierte que este haya confesado que AFP PROTECCIÓN S.A. le hubiese 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 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, si bien el demandante confesó en su interrogatorio de parte que firmó voluntariamente el formulario de afiliación al RAIS, lo cierto es que la carga probatoria que en este caso debía cumplir PROTECCIÓN S.A. era que había cumplido con el deber de información necesaria para lograr en la demandante un consentimiento debidamente informado, conforme a las normas vigentes para el año 1995, sin embargo, contrario a lo manifestado por la *a quo*, para probar la debida 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, como bien lo concluyó la *a quo* y como se afirma en el recurso, no probó la AFP PROTECCIÓN S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada.

Ahora, contrario a lo concluido por la juez de primera instancia, ha sido clara la jurisprudencia de la SCL de la CSJ, respecto a que la consecuencia del incumplimiento del deber de información por parte de las AFP es la declaratoria de la ineficacia de dicho acto jurídico de afiliación y por ende, que la persona continua válidamente afiliada al régimen pensional al cual se encontraba afiliado previo al traslado, y no como se afirma en la sentencia recurrida, la validez de la afiliación con la carga de responder patrimonialmente por los perjuicios causados al afiliado, por lo que se revocará la decisión absolutoria de primera instancia, para en su lugar declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1995 del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PROTECCIÓN S.A., disponiendo su retorno al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad, conforme a la pacífica y reiterada línea jurisprudencial desarrollada por la SCL de la CSJ.

Ahora bien, en cuanto a la pretensión de ordenar a PROTECCIÓN S.A. devolver a Colpensiones la totalidad de aportes realizados por el demandante durante su paso por el RAIS con sus intereses y rendimientos financieros, tal pretensión resulta procedente dado que, al declararse la ineficacia del acto de traslado, esto el mismo nunca existió, por lo que ningún efecto jurídico puede derivarse de este y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido PROTECCIÓN S.A. como producto de las cotizaciones del demandante, es decir, el 100% de las cotizaciones, con sus respectivos rendimientos financieros y sin descuento de ninguna índole, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes que en su momento fueron descontados de la cotización y que fueron destinados al pago de comisiones de administración, pago de primas de seguros previsionales, reaseguro Fogafín y fondo de garantía de pensión mínima, 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.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, 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.

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 apelada será REVOCADA y en su lugar se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los términos anteriormente expuestos.

Las COSTAS en ambas instancias correrán a cargo de PROTECCIÓN S.A. por haber sido vencida en el juicio. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000. a cargo de PROTECCIÓN S.A.

## 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: REVOCAR** la sentencia absolutoria del 4 de noviembre de 2021 proferida por el JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **JUAN GUILLERMO ORTIZ ESTRADA** contra **COLPENSIONES**, y **PROTECCIÓN S.A.**, para en su lugar:

1. **DECLARAR** la INEFICACIA del traslado efectuado en el año 1995 por el señor JUAN GUILLERMO ORTIZ ESTRADA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A.
2. **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones realizadas por el demandante durante su permanencia en el RAIS, con sus respectivos intereses, incluyendo los porcentajes descontados de la cotización

destinados al pago de comisiones de administración, pago de primas de seguros previsionales, reaseguro de Fogafín y fondo de garantía de pensión mínima, es decir, el 100% de las cotizaciones.

3. **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y además a recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído y registrarlos en su historia laboral.

4. **DECLARAR** no probada las excepciones propuesta por las demandadas.

**SEGUNDO:** COSTAS en ambas instancias a favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000. Las costas de primera instancia serán fijadas por la *a quo*.

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: **03bc16eb9781f199523901dffe149c4e465f8c72d988798478013a2c360ad534**

Documento generado en 20/04/2023 02:21:17 PM

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