

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El diez (10) de noviembre 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 **LUIS FERNANDO CALLE SHARRER** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) y **LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A – COLFONDOS** - (en adelante COLFONDOS S.A.), tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-009-2021-00247-01**.

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:

AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por LAURA VANESSA MURILLO MADRID. Quien representa judicialmente los intereses de COLPENSIONES. en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada LAURA VANESSA MURILLO MADRID identificada con C.C. No. 1152204048 y portadora de la T.P. No. 286.193 del C.S de la J, para que represente a COLPENSIONES en este proceso como apoderada sustituta.

1. ANTECEDENTES:

El demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la nulidad 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.

Solicita que consecuentemente, se ordene a PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimiento en la cuenta de ahorro individual del afiliado.

Por último, se condene en costas procesales a los demandados.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata el actor que nació el 01 de julio de 1961, se afilió al antiguo ISS, hoy Colpensiones, desde el 29 febrero de 1980 y posteriormente se trasladó al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A, en mayo de 2000.

Expone que, su empleador sin mediar ningún tipo de consentimiento y sin ofrecerle ningún tipo de asesoría, realiza el cambio del RPM al RAIS afiliándolo al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. en el cual se mantiene hasta marzo de 2003, proceso en el que se puede evidenciar al observar los formularios de afiliación al nuevo fondo, que nunca fueron firmados por mi poderdante y que reposan en el archivo de PROTECCIÓN S.A. Posterior a ello se traslada mediante la misma modalidad, es decir, mediante tramas y engaños de falsas expectativas sobre su pensión a COLFONDOS S.A.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de primera instancia, despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, entendiéndose que, en consecuencia, siempre ha permanecido afiliado sin solución de continuidad al RPM por COLPENSIONES.

Consecuentemente ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP COLFONDOS S.A a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y los bonos pensionales si hubieren sido ya redimidos y con cargo a sus propios recursos deberá trasladar con indexación lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima los gastos de administración y el valor de primas de seguro previsional y reaseguros. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con

sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

De otro lado ordenó a COLPENSIONES, recibir de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. los valores aludidos e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por el demandante en el RPM imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS, con el ingreso base de cotización que fueron efectivamente cancelados.

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.

Adujo que, en estos procesos, se invierte de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP, teniendo estas la obligación de probar que tal información fue brindada.

Luego señaló que, conforme lo dispuesto en el art 13 lit b y art y 271 de ley 100 de 1993, art 1 del decreto 663 de 1993, art 2 del decreto 720 de 1994, art 21 ley 797 de 2003, ley 1328 de 2009, en concordancia con el art 134 y 137 del CGP y 1604 del código civil, así como la basta línea jurisprudencial, de la CSJ, consolidada desde la sentencia con radicado 3198930 y 1314 de 2008 reiteradas en providencias recientes tales como SL 2229, SL 3156 y SL 3475, todas ellas del 2022, era procedente declarar al ineficacia pretendida, pues el actor refirió como sustento de su demanda que el fondo accionado incumplió con el deber legal de brindar información relevante al momento de su afiliación, resulta inexorable el deber que le asiste la entidad a la que se pretende el traslado de estudiar las circunstancias pensionales particulares a efectos de determinar si es conveniente o no el traslado, informando ventajas y desventajas al ciudadano que aspira a modificar sus condiciones de pensiones explicando de una manera muy detallada los requisitos para acceder a unas prestaciones económicas del RAIS y sus diferencias junto al RPM, sin que las AFP demandadas lo hayan probado.

Adujo que quien aspira acreditar el cumplimiento de las obligaciones referidas no basta con aportar los formularios suscritos por los ciudadanos, en tanto estos no se constituyen en plena prueba de la voluntad informada igual que las afirmaciones de los formatos preimpresos tales como la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria

o que se ha efectuado libre espontánea y sin presiones ya que de ello no se desprende un estudio detallado de las condiciones pensionales y particulares como lo ha establecido la Corte de manera reiterada, como también ha indicado que ese formulario o formato de aceptación del traslado no es más que una formalidad legal en la cual no se advierten indicaciones de favorabilidad ni se consignan los estudios pertinentes que permiten al particular tomar la decisión que más le favorezca y así lo estableció en sentencias SL 1055 de 2022.

Estas consideraciones encuentran sustento en sentencias como SL 1452 de 2019, la SL 1688 de 2019, SL 69172 del 2020, por no mencionar la línea jurisprudencial anterior que deviene desde el año 2008. También es necesario reiterar, que la ineficacia no se sana porque el asegurado se haya trasladado por varias aseguradoras pertenecientes al RAIS, de esta manera lo ha establecido la corte como en la SL 1688 de 2019, donde indicó que la oportunidad de la información se juzga en el momento del acto jurídico de traslado y no con posterioridad.

Finalmente, declaró no prospera la excepción de prescripción, así como las demás excepciones de mérito que fueron propuestas por las partes codemandadas, y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., fijando las agencias en derecho en la suma de \$2.320.000 a favor del demandante que deberán ser pagados de manera proporcional por cada una de las codemandadas.

3. DEL RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por el apoderado judicial de COLFONDOS S.A. argumentando que en el proceso no es posible aplicar el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en caso de ineficacia en razón al pronunciamiento del Tribunal superior de Bogotá de radicado 382020265-01 del 31 de marzo de 2023 MP Hugo Alexander Ríos Garay, en el que dicha Corporación se aparta de este precedente jurisprudencial teniendo en cuenta los argumentos del fallo de primera instancia. En la parte considerativa no se tuvo en cuenta los alegatos de conclusión presentados por el suscrito en razón a ello, no hubo pronunciamiento alguno de parte de la juez de primera instancia y es preciso advertir que en el presente caso los supuestos facticos presentados en la demanda, fueron totalmente desvirtuados.

En interrogatorio absuelto por el demandante manifestó reiteradamente que en su traslado al régimen no intervino asesores de COLFONDOS ni de PROTECCIÓN, el demandante indicó que al ser contratado en la empresa Doria Autos, su empleador le

pasó los formatos que debía suscribir para iniciar la relación entre ellos. Le puso de presente el formulario de afiliación, el cual ya estaba elaborado sin que estuviese presente ningún promotor de COLFONDOS.

Adicionalmente, los hechos de la demanda indican que PROTECCIÓN y Colpensiones no cumplieron su deber de información, llegándose a cuestionar la capacitación de sus asesores, la omisión de la asesoría sobre aspectos claves para tomar una decisión informada. No obstante, dichos supuestos facticos fueron desvirtuados con el dicho del demandante, quien de forma contundente indicó que no participó en modo alguno asesores de la AFP en el traslado al RAIS.

En el presente caso, no era posible el uso de facultades ultra y extra petita para resolver el litigio de forma favorable al demandante, por cuanto al no haber sido formulada por la demandan ningún hecho relativo a las reales circunstancia, en especial la conducta del empleador el cual ni siquiera fue llamado a juicio y la conducta no fue discutida ni probada en el presente proceso, por lo cual, no se puede sorprender a las demandadas con condenas impuestas en relación con supuestos facticos, no relatados en la demanda y respecto de los cuales no se obtuvo oportunidad de pronunciarse.

En consecuencia, no debió haberse considerado las circunstancias fácticas del presente asunto, que eran equivalentes a las consideradas por la regla jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia relativas a la ineficacia de traslado en razón a que esas providencias se ha compuesto la regla decisoria donde se reprocha el incumplimiento de las AFP respecto del deber de información, asesoría y buen concejo conforme al desarrollo histórico respecto del afiliado, juicio de conducta que no era posible adelantar en el presente asunto en donde el demandante indicó que no hubo participación de asesor alguno de PROTECCIÓN y COLFONDOS en el acto de traslado y posterior vinculación. Lo que impide reprochar la conducta de una administradora que no estuvo presente en el acto de traslado.

Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta lo manifestado en el interrogatorio por parte del señor Luis Fernando Calle respecto que fue su voluntad firmar ese formulario de afiliación que le puso de presente su empleador Doria Autos.

Así las cosas, en el presente asunto no era aplicable el precedente jurisprudencial reclamo en razón de que al no intervenir ningún asesor de COLFONDOS estos hechos facticos difieren de los considerados por la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial de ineficacia de traslado por omisión del deber de información en todos

los cuales pues se reprocha es la conducta de la administradora de fondos de pensiones. En este caso la conducta no se le pudo indilgar a mi representada como quiera que no estuvo presente en la firma del formulario de afiliación teniéndose en cuenta que esa imposición de afiliación fue por parte del empleador Doria Autos.

En efecto un precedente jurisprudencial supone que el mismo sea aplicable pese a lo cual queda agotada la regla de argumentación o suficiencia del presente caso no se aplica la misma, al caso en concreto, situación diferente a la del presente asunto y así las cosas solicito se revoque el fallo de primera instancia y se absuelva a mi representada e las condenas impuestas, así como las costas y agencias en derecho.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, la apoderada judicial de COLPENSIONES, presentó escrito anotando resumidamente, que era menester que el demandante ejerciera el despliegue probatorio atinente a demostrar insuficiencia en la información por parte de la AFP, aspecto que en modo alguno logra satisfacerse únicamente con la declaración de parte, lo que deriva en la asunción del riesgo de no haber probado, que se traduce en desestimar las pretensiones.

Y es que la inercia probatoria no debe privilegiarse bajo el argumento de que cualquier manifestación concerniente a no haber recibido información corresponde a negación indefinida, de una parte, porque en estrictez no es así, ya que de acuerdo como se expuso en párrafos precedentes, se trata de hechos concretos, limitados en el tiempo, modo y lugar, elementos que además se encuentran documentados en el formulario de afiliación; de otra, porque es al juez, con apego en la autonomía judicial y salvaguardando el derecho a la prueba de los sujetos procesales, a quien en cada caso concreto le corresponde verificar la imposibilidad de las partes para acreditar su propuesta demandatoria.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al establecer como regla general cuál debe ser el contenido mínimo de la información, según la época en que se haya producido el traslado entre regímenes pensionales, se arroga una función que no le es correspondiente, puesto que "...al legislador, mediante norma general y abstracta, le compete establecer el estándar de prueba «en atención a los valores en juego en cada tipo de proceso»"⁵, así, como, por ejemplo, en derecho penal, que para que haya condena se requiere de conocimiento más allá de duda razonable, elemento que se encuentra regulado (Ley 906 de 2004. Art. 381). Para el caso que nos convoca, se

observa que el legislador no definió exactamente el estándar de prueba para el proceso laboral, lo que implica que es al juez, en cada caso concreto, con base en los medios de prueba regular y oportunamente allegados a la causa judicial, a quien le pertenece, en el ejercicio de su autonomía, la valoración de la prueba y deducir si una proposición fáctica se encuentra probada, según los artículos 60 y 61 del CPT y SS y 164 y 176 CGP.

Sobre periodos mínimos de carencia y sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, la Ley 100 de 1993, incorporó dos regímenes pensionales que confluyen, pero son excluyentes entre sí; se trata del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, ambos con marcadas diferencias, pero ajustados al texto constitucional. La citada ley, en su artículo 13, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, dispone sobre la libertad de elección de regímenes por parte de quienes deben ser afiliados al sistema general de pensiones, delimitando como parte de las características que “b.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.” a la par que del literal e del mismo artículo se desprende que “... Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial.

Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez ...” En sentencia C - 1024 de 2004, la Corte Constitucional, al referirse sobre la constitucionalidad de la norma que limita el traslado de régimen pensional, cuando al afiliado le falten diez años o menos para arribar a la edad mínima pensional, expuso:

“La medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima

Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional.”

En síntesis, el traslado entre regímenes pensionales encontrándose el afiliado a diez años o menos de la edad mínima pensional, sólo se encuentra autorizado para los beneficiarios del régimen de transición, que accedieron a este por medio del tiempo de servicio o cotizaciones (Corte Constitucional, sentencias C-789 de 2002, SU- 062 de 2010 y SU – 130 de 2013), por lo que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional de un contingente de personas con características diferentes a las dispuestas por la Corte Constitucional, pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema, a la par que pondría en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, como son entre otras, la afiliación, el traslado de administradora o de régimen, la selección de modalidad de pensión”. En caso de que se confirme la condena dirigida a declarar la ineficacia del traslado, solicito tener en cuenta el precedente de la Sala de Casación Laboral contenido en sentencias SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571- 2021 y SL 3709-2021, solicito que se adicione que las cuotas de administración y los descuentos del seguro previsional, descontadas por la AFP del RAIS durante el periodo de afiliación, se deben trasladar debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos.

Por último, en el evento en que la judicatura opte por acceder a las pretensiones de la demanda, comedidamente solicito que se ordene a las Administradoras del régimen de ahorro individual, para que, a favor de Colpensiones, realice la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante, sin descuento alguno, durante

la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando los conceptos a reintegrarse y un término perentorio para el reintegro de los recursos. Es por lo anterior, que solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados del TSM, que revoque la sentencia de primera instancia proferida por la Juez 09 Laboral del Circuito de Medellín.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

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

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la 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 COLFONDOS 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 del demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del

referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

En el presente asunto, está probado, que el accionante, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folio 23 del expediente (Documento 02 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 03 de mayo del 2000, como se advierte del formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 34

del expediente (Documento 23 del expediente digital), con efectividad del 1º de julio del 2000, como se observa en el certificado SIAFP que milita a folio 35 del plenario (Documento 23 del expediente digital).

De otra parte, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba 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 2000 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 el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:56:00 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento, 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.

De otra parte, 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 el *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 2000 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PROTECCIÓN S.A.

Ahora alegan La apoderada de COLFONDOS S.A. en el recurso de apelación, que, en este caso, no se le puede exigir o enrostrar falta de asesoría, por cuanto el actor confesó en el interrogatorio de parte que fue su empleador el que lo compelió a

trasladarse de régimen pensional y el que se suministró el formulario para tal afiliación sin intervención de un asesor de COLFONDOS S.A.

Respecto del anterior argumento, considera la Sala, que no tiene vocación de prosperidad para variar la decisión de primera instancia, sobre la declaratoria de ineficacia pluricitada, toda vez, que si conforme jurisprudencia de la CSJ, es procedente la ineficacia ante la deficiente o parcializada asesoría, con más razón es viable ante la ausencia total de asesoría, por la falta de intervención de los asesores de las AFP, pues COLFONDOS S.A., no debió admitir la afiliación en tales circunstancias, es decir por la sola iniciativa del empleador de la actora y sin ilustración alguna de un asesor de esta AFP, siendo relevante que en el expediente obra el formulario de afiliación del actor a la AFP COLFONDOS S.A., (folio 34 del Documento 23 del expediente digital), el que está suscrito no solo por el demandante y su empleador, sino también por un representante legal y un ejecutivo de COLFONDOS S.A., los que hacen responsable a COLFONDOS S.A., de la afiliación del actor a esta AFP.

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 en consecuencia COLFONDOS S.A debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a esta AFP.

Así mismo PROTECCIÓN S.A., deberá reintegrar a COLPENSIONES los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el porcentaje de las cotizaciones, que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional del actor, 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 las AFP demandadas como cotización del

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 del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Teniendo en cuenta lo anterior, contrario a lo manifestado por la apoderada de PROTECCIÓN S.A. en su recurso de alzada 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, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir de 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 lo que tiene que ver con la orden del *a quo*, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor del actor, tal decisión resulta desacertada, toda vez que al ser ineficaz la afiliación del demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional, al menos el tipo A, a cargo del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y por tal razón, si el referido bono fue pagado se debe efectuar la devolución a este Ministerio y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será modificada.

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 y consultada será CONFIRMADA y PRECISADA en los términos anteriormente expuestos.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS 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 10 de julio de 2023 proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **LUIS FERNANDO CALLE SHARRER** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, PRECISANDO que COLFONDOS S.A., debe devolver a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros existentes en la cuenta de ahorro pensional del actor, es decir los aportes pensionales o cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación del actor al RAIS, con sus intereses o rendimientos, indexando el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional del demandante.

Si se hubiese pagado bono pensional tipo A, a cargo del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, si el referido bono fue pagado se debe efectuar la devolución a este Ministerio y no a COLPENSIONES.

Asimismo, PROTECCIÓN S.A., debe devolver a COLPENSIONES de manera indexada, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir, el porcentaje de la cotización que no consignó en la cuenta de ahorro pensional del demandante durante el tiempo que estuvo afiliado a esta AFP.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a favor del actor y a cargo de COLFONDOS S.A. Las agencias en derecho, las estima el ponente en 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: **9dd51f37f9ee9e7d3b48f90dc3cca8b52a038eb2dc8fd7031518b0c1727a5638**

Documento generado en 10/11/2023 03:08:43 PM

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