



SENTENCIA

| | |
|------------|---------------------------------|
| PROCESO | Ordinario laboral |
| DEMANDANTE | Noelia de Jesús González Garzón |
| DEMANDADO | Colpensiones y Protección S.A. |
| RADICADO | 05-001-31-05-004-2018-00846 |
| TEMA | Ineficacia de traslado |
| DECISIÓN | Adiciona y confirma sentencia |

El veintidós (22) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el ACTA **022** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **NOELIA DE JESÚS GONZÁLEZ GARZÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, con radicado **05-001-31-05-004-2018-00846**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos de la sustitución de poder conferida por la doctora **JUAN PABLO ARANGO BOTERO**, en calidad de representante legal la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería para actuar a la Dra. **LAURA LOPEZ ÁLVAREZ**, identificada con cédula de ciudadanía N.º 1.152.466.180 y portadora de la tarjeta profesional N.º 365.499 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de **PROTECCIÓN S.A.** hasta su culminación en el presente proceso judicial.

- **PRETENSIONES:**

La demandante pretende que se declare la ineficacia de la afiliación a PROTECCIÓN S.A., debiéndose devolver todos a su estado inicial, y siendo recibida en el RPM.

Como consecuencia, solicita que se ordene a PROTECCIÓN S.A. el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual con solidaridad, es decir, todos los valores que se encuentren, como cotizaciones, bonos pensionales o sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado, comisiones y demás dineros que haya reunido durante el tiempo en que estuvo afiliada al RAIS, siendo COLPENSIONES quien los reciba y autorice el regreso de la actora al RPM, sin solución de continuidad en dicha afiliación. Y que se condene en costas a PROTECCIÓN S.A.

- **HECHOS:**

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde el 22 de noviembre de 1982 hasta el 31 de enero de 1999, de forma discontinua, cotizando a pensiones. Que fue visitada por un asesor de PROTECCIÓN S.A. quien la convenció para trasladarse al RAIS y en efecto suscribió la afiliación, la cual se hizo efectiva a partir del 1° de febrero de 1999 y a la que actualmente está afiliada. Que él asesor del fondo privado omitió mucha información y por no conocer otra opción, se traslada de régimen quedando demostrado que este era su único fin. Que pudo comprobar que la información recibida no era verdad y que omitieron otra información relevante para su traslado. Que fue inducida en error y por lo tanto viciaron su consentimiento. Que radicó derecho de petición ante PROTECCIÓN S.A. y ocultaron la información solicitada, además, se prueba la negligencia de su mala asesoría, la falta de información y la poca importancia que tiene como cliente. Que no le advirtieron de la oportunidad de trasladarse antes de los últimos 10 años antes de pensionarse. Que el cambio de régimen pensional le trajo grandes desventajas. Que nunca recibió un estudio financiero previo. Y que no le presentaron ventajas y desventajas económicas de cada régimen pensional.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a las circunstancias fácticas planteadas en la demanda manifestó que no le consta los hechos relacionados con terceros. Que no le consta los hechos que se traten de situaciones de carácter personal y particular de la actora con PROTECCIÓN S.A. Que es cierto su fecha de nacimiento, sin embargo, no le consta las semanas cotizadas. Y que no le constan las solicitudes y respuestas elevadas a otras entidades. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Y presento varias excepciones de mérito.

- ✓ PROTECCIÓN S.A.:

Frente a los hechos manifestó que no le consta la afiliación y cotizaciones realizadas a otro régimen pensional. Que no es cierto como plantea la demandante el hecho de que fue visitada por un ejecutivo de PROTECCIÓN S.A., toda vez que ha de tenerse en cuenta, que en la misma se le brindó una asesoría completa, objetiva, clara y suficiente sobre el RAIS, además, cabe anotar que todos los asesores cuentan con toda la preparación y capacitación para orientar en forma debida a los clientes. Que no es cierto que la información recibida no fuera verdad, pues la asesoría realizada se dio en el marco de la buena fe y la legalidad. Que no es cierto que no se le explicaron los requisitos necesarios para pensionarse a una edad anticipada. Que no es cierto que haya existido falta de información ni al momento de la afiliación ni con posterioridad, pues se reitera que previo a la vinculación de la actora se le dio toda la orientación sobre las condiciones legales y particulares del régimen. Que el 8 de agosto de 2007 se le brindó una reasesoría pensional. Que es cierto que la demandante radicó derecho de petición, sin embargo, no es cierto que la respuesta haya sido incompleta e imprecisa por contener una proyección de la mesada en el RPM. Que es cierto que PROTECCIÓN S.A. realizó proyección pensional a la demandante. Que no le consta el supuesto monto de la pensión en el RPM. Que no es cierto que exista algún perjuicio material, moral o psicológico para la demandante. Que es cierta su fecha de nacimiento, su edad y que cuenta con más de 989 semanas de cotización. Que no le consta la solicitud y respuesta brindada por COLPENSIONES. Que

no es cierto que el cambio de régimen pensional le haya traído desventajas a la actora. Que no es cierto que no se hiciera algún estudio técnica financiera previo al traslado. Que no es cierto que la carga de la prueba corresponda a PROTECCIÓN S.A. Y que es cierto que la demandante aportó como pruebas las respuestas emitidas por PROTECCIÓN y COLPENSIONES, lo que denota que conoce que es su carga probar las afirmaciones que realiza. Se opuso a todas las pretensiones. Y presentó varias excepciones de mérito.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 02 de junio de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual administrado por la sociedad PROTECCIÓN S.A. para el día 1° de febrero de 1999, en consecuencia, queda incólume la afiliación inicial en el régimen de prima media con prestación definida que actualmente está a cargo de COLPENSIONES, entendiéndose que estuvo afiliada a dicho régimen de manera permanente y sin solución de continuidad.

Como argumento de su decisión precisó que se debe de obtener un conocimiento previo antes de tomar una decisión, para que esta sea consciente y libre, y en este caso la administradora de pensiones es la encargada de brindar toda la información necesaria, clara, veraz y oportuna para que la libertad de escogencia se realice de manera responsable, ya que mientras que se construye la pensión se generan algunas otras posibilidad de retorno o recuperación y de análisis, para examinar si la pensión que se está construyendo llena el proyecto de vida de cada persona.

CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. como obligada a devolver o retorno de todas las sumas que recibió con ocasión del traslado de la demandante y las que actualmente integran la cuenta de ahorro individual, aportes, cotizaciones y rendimientos de manera completa, serán enviadas a COLPENSIONES quien lo recibirá a satisfacción y equivalencia dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firmeza de esta decisión. Las cuotas, comisiones o pagos de administración, pagos de seguro y reaseguro, pagos al fondo de pensión de garantía mínima, retornarán debidamente indexados desde su causación

hasta el momento de pago a COLPENSIONES y con cargo al propio patrimonio de PROTECCIÓN S.A.

ORDENÓ a COLPENSIONES como obligada a reactivar la afiliación de la demandante por cuenta de esa entidad al régimen de prima media con prestación definida, que brinde todas las garantías de la afiliación, reciba los valores de la cuenta de ahorro individual a su satisfacción y equivalencia y ajuste el histórico laboral de aportes y sin solución de continuidad, incluyendo los tiempos y aportes que provengan del RAIS.

DESESTIMÓ las excepciones de fondo propuestas.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a PROTECCIÓN S.A.

- **APELACIONES:**

- ✓ PROTECCIÓN S.A.:

Presentó recurso de apelación de manera parcial respecto de la condena a trasladar los dineros correspondientes a las cuotas de administración, toda vez que, estos son descuentos legales, exequibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes, es decir, que si la demandante hubiese pertenecido al RPM estos descuentos también se hubiesen descontando en los mismos porcentajes, y estos dineros por ley tienen una destinación específica, por lo que se deben de consignar en cuentas diferentes, lo que hace que en ningún momento se afecte el monto de la mesada pensional, encontrándose plenamente sustentados en los rendimientos. Que si se tiene que la consecuencia de la ineficacia es entender que la demandante siempre ha estado vinculada al RPM, la orden lógica debería de orientarse a simplemente al traslado de los dineros correspondientes a los aportes y rendimientos. Y que solicita que se aplique la prescripción a los dineros correspondientes a las cuotas de administración, por ser obligaciones de tracto sucesivo que fueron plenamente cumplidas por PROTECCIÓN S.A., que adicionalmente, estos dineros no tienen como objetivo financiar la mesada pensional por lo que el concepto es plenamente aplicable y ha transcurrido el tiempo suficiente para que se configure la misma.

✓ COLPENSIONES:

Interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada, toda vez que no es dable la declaratoria de la ineficacia pues el acto de afiliación cumplió con los requisitos de fondo y forma para ser válido, el traslado se dio en debida forma sin que existieran circunstancias que pudieran invalidar dicho acto jurídico. Que se observó en el debate probatorio que la AFP dio cumplimiento a lo que en su momento correspondía el deber de información. Que si bien existe una intervención del asesor de la AFP que pudiera generar un vicio en la voluntad del traslado, debe de demostrarse, de lo contrario, predominarían conjeturas y suposiciones. Que en la sentencia T-122 de 2017 se expresa que no debe de considerarse a todos los afiliados como la parte indefensa, pues la misma ley prevé distintos deberes en cada caso con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera. Que no pueden desconocerse cada situación que rodea cada caso, y que de alguna manera le permitieran a la demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo. Que debe de tenerse en cuenta que la demandante recibió asesoría en el 2007 donde PROTECCIÓN S.A. le manifestó que no alcanzaría a pensionarse y aunque la actora manifestó su intención de trasladarse no hizo nada al respecto, no se acercó a COLPENSIONES a re asesorarse o trasladarse, por lo que ahora dicha actitud pasiva frente a su derecho pensional no puede ser asumida por COLPENSIONES. Por lo que solicita se revoque la decisión de primera instancia.

De igual forma, la anterior decisión se revisará en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** con ocasión de las condenas impuestas a COLPENSIONES.

• **ALEGATOS:**

✓ COLPENSIONES:

En sus alegatos expuso que, en la demanda no se aporta ningún documento, para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado. Que se debe de tener en cuenta que la carga dinámica e inversión de la prueba al interior de un proceso judicial exige igualdad entre las partes con parámetros

de buena fe y lealtad procesal. Que si bien existe una intervención de asesoría de la administradora de pensiones que podría generar un vicio de voluntad, esto debe de demostrarse de lo contrario predominaran conjeturas y suposiciones y no hechos debidamente probados en el proceso. Que no es factible considerar a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, la ley previó deberes en cabeza de ellos mismos con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera. Que no pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso, y que de alguna manera le permitían al demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo. Que en el trámite de primera instancia no existió dolo, culpa, ni se forzó a la actora a cambiarse de régimen, por lo que dicho traslado fue voluntario. Que debe ser la parte demandante quien pruebe la mala fe de la sociedad demandada para realizar el acto jurídico con temeridad, engaño y cualquier tipo de acciones contrarias a una adecuada aceptación. Que para el momento de la suscripción del contrato de afiliación al RAIS por parte de la actora, en la AFP recaían obligaciones y deberes propios del Decreto 663 de 1993, Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, los cuales reglamentaron los derechos de los consumidores y el deber de asesoría y buen consejo; y la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Que el incumplimiento recayó sobre las AFP y no en su momento en el ISS, quien por el contrario permitió la libre escogencia y tránsito de los afiliados que voluntariamente optaron por trasladarse de régimen. Que no solo suscribió el formulario de vinculación al RAIS a través de la AFP, sino que cumplió con todos los lineamientos fijados en la ley, procedió a reiterar su voluntad de permanencia en dicho régimen, al trasladarse, lo que supone que estaba conforme con los beneficios. Por lo que solicita se revoque la sentencia y se absuelva de todas y cada una de las condenas impuestas.

✓ PROTECCIÓN S.A.:

La apoderada de la entidad, en sus alegatos de conclusión expresó que debido a las adiciones que ha realizado el Tribunal, indica que la figura de reaseguro es un contrato de seguro mediante el cual una compañía aseguradora, pasa a ser asegurado de otra entidad aseguradora, contrato que no se configuró durante la vigencia de la afiliación de la parte demandante a la AFP, por lo que

no hay efecto alguno que retrotraer para el caso concreto, asimismo, no existen en los cobros realizados por PROTECCIÓN S.A., como gastos de administración a título de reaseguros durante la vigencia de la afiliación de la parte demandante, ya que es una figura distinta a la establecida en el artículo 20 de la ley 100 de 1993. Y que no se puede trasladar lo correspondiente al seguro de Fogafín, ya que no es una obligación de la aseguradora de acuerdo a la normatividad vigente como es el artículo 163 de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011.

CONSIDERACIONES

Los **problemas jurídicos** a resolver de conformidad con los recursos interpuestos y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será **i)** determinar si el acto jurídico de afiliación de la señora NOELIA DE JESÚS GONZÁLEZ GARZÓN a PROTECCIÓN S.A., fue válido, o si por el contrario es ineficaz; **ii)** consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por los fondos privados; **iii)** y la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

i. Acto jurídico de la afiliación y precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional:

Para comenzar, esta Sala pasará hacer un recuento breve de la jurisprudencia de esa alta Corporación de Justicia, que estructura el tema.

Advierte la Corte que el traslado de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Que es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta, que tiene como

consecuencia no producir sus efectos propios. Que el estatuto Financiero de la época en los artículos 97 y siguientes consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, lo siguientes:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) La información debe ser completa y comprensible. Y,
- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Si bien los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esa circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

Así las cosas, lo dicho anteriormente constituye sustento que permite deducir las siguientes reglas:

- (i) Las administradoras de pensiones tienen a su cargo la obligación de información de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- (ii) La información del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima, detallada y documentada acerca de la incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales, de modo que no basta con explicar solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende

trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos proyecte la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Y,

- (iii) La carga de la prueba de demostrar que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos:

- (i) Desde la fundación de las AFP.
- (ii) Desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010.
- (iii) Y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015. y en la circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.

La determinación a tomar, tiene como soporte en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2611, SL2877, SL4811 de 2020, SL1217, SL782 de 2021; y SL445 de 2022.

En el **caso objeto de estudio**, sobre los pormenores que rodearon el traslado de la demandante, del interrogatorio de parte se desprende que estando trabajando en el Hospital General de Medellín, en donde se mantenía muy acosada, encontrándose un señor, el cual le hablo maravillas de

PROTECCIÓN S.A., y le dijo que el ISS se iba a acabar. Que dicha reunión duró 5 minutos. Que ya tenía el formato listo con todos los datos y ella simplemente firmó porque todos tenían el mismo temor. Que en ese entonces no le quedó ninguna duda. Que se acercó a COLPENSIONES cuando estaba cerca a la jubilación, dándose cuenta que todo lo que le habían dicho era mentiras. Que en el 2003 cayó en una enfermedad de depresión, y en ese entonces no sabía ni donde estaba parada, ella recuerda que la llamó una señora y le dijo que se quería pasar para el Seguro Social, pero al estar con la enfermedad muy avanzada, ella decidió esperar. Que su motivación para trasladarse es el engaño, porque le hicieron promesas que nunca cumplieron. Y que en el año 2017 estuvo en PROTECCIÓN S.A. y llevó los certificados para que le dieran los bonos pensionales y nunca más supo algo de PROTECCIÓN S.A.

Ahora, sobre la carga de la prueba es importante hacer la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Así mismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PROTECCIÓN S.A., toda vez que, pese a que se anexaron los documentos visible de folios 167 del expediente digital, esto es, el formulario de afiliación, mismo que la demandante suscribió, que permite pensar en un principio que sí existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que este documento no es prueba suficiente para determinar que

efectivamente a la accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa pre-negocial, anterior a la materialización del consentimiento, consistía en brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que, lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones que pretendía captar a la demandante como su afiliada cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que la demandante firmara el formulario de vinculación, donde se hace constar que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectúa de forma “libre, espontánea y sin presiones”, no implica que conociera las consecuencias que conlleva el cambio de régimen pensional.

También es importante advertir, que, si bien la mayoría de los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esta circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

Se repite que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto, no produzca ningún efecto, por tal razón no es procedente analizar el caso de autos bajo lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en lo que respecta con el traslado de régimen cuando a un afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Con respecto a la información que se le debía brindar a la demandante para la fecha de traslado, en las providencias SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4426-2019, el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el

vínculo, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: primer periodo, desde la fundación de las AFP; segundo momento, desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; y tercer momento, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS de la actora fue el 16º de julio de 1999, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Sobre dichas obligaciones de las administradoras de pensiones, es bastante categórica la sentencia SL-782 de 2021, en donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que: *“...i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”*

En el caso de autos, vale hacer una precisión que si bien a la actora se le realizó una reasesoría el día 8 de agosto de 2007 (folio 169), dicha actuación es muy posterior a la asesoría recibía en la primera oportunidad en el año 1999, la cual generó en ineficacia, y, por lo tanto, es desde allí que todas las actuaciones no producen sus efectos propios.

Se tiene entonces que, PROTECCIÓN S.A., no cumplió con la carga de probar el haber realizado en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que es desde allí que el traslado resulta ineficaz, generando como consecuencia que la

afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, debiéndose en consecuencia **CONFIRMAR** la providencia de primera instancia, en tal sentido.

ii. Efectos de la ineficacia y conceptos a devolver por el fondo privado:

Con relación a los **VALORES A DEVOLVER EL FONDO PRIVADO**, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que la AFP que dio lugar a ello, siempre y cuando se hayan generado las debidas cotizaciones, traslade a COLPENSIONES: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

De igual forma, también debe sumarse que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante no se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Pues bien, conforme a las apelaciones y alegatos interpuestos, hay que anotar que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, en

la que indicó que *“la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.”*

Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464 de 2019, señaló que *“La Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”*.

Así pues, es necesario dejar algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia y en ese sentido esta Sala a partir del precedente jurisprudencial a identificado los siguientes conceptos:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM¹.
2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador².

¹Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

²Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

3. Los **gastos de administración**³, concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a **Colpensiones**, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios⁴, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁵.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados⁶.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁷.

Conforme a lo anterior, y ateniendo al principio de sostenibilidad financiera del sistema y a la revisión de la sentencia en grado jurisdiccional de consulta,

³ Se debe realizar la devolución de estos conceptos indexados conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL-3871-2021, CSJ SL-4062-2021 y CSJ 4063-2021.

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

⁶ En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

⁷ Respecto de este particular se puede consultar la sentencia SL 2877-2020, providencia en la cual la Corte Suprema de Justicia encontró procedente la devolución de los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

PROTECCIÓN S.A. además de lo ordenado por el juez, deberá trasladar las **primas de seguros del Fogafín**, debidamente **indexado** con cargo a sus propios recursos, como lo ha consagrado claramente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-755-2022, **aclarando** que, si bien el artículo 163 de la ley 1450 de 2011, eliminó este seguro a cargo de los fondos privados, éste concepto solo se deberá trasladar hasta la fecha que se realizó dicho descuento, a raíz de que la demandante estuvo vinculada con **PROTECCIÓN S.A.** desde el año 1999; por tal razón, es necesario **ADICIONAR** la sentencia en tal sentido.

Conforme a las ordenes anteriores, no se puede pasar por alto las recientes providencias de la Corte Suprema de Justicia como lo son las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022 y SL-756-2022, en donde se impone a las AFP privadas la obligación de que junto con las sumas objeto de traslado, se entregue información donde los conceptos trasladados aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Así pues, para esta Sala es válido que se exija una claridad en los valores y conceptos a devolver, por lo que se deberá **ADICIONAR** las condenas proferidas al fondo privado, para **ORDENARLE** que, al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a COLPENSIONES, todos los conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

iii. Excepción de prescripción de la acción.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 2021, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar; debiéndose dejar claro, en cuanto a los conceptos a devolver por el fondo privado, por tratarse de sumas

que están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, en consecuencia, ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción, tal y como lo señala la sentencia SL-1473 de 2021 de la Alta Corte.

Así las cosas, se **ADICIONARÁ** y **CONFIRMARÁ** la sentencia revisada en apelación y en grado jurisdiccional de consulta.

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas.

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo el juez. Las costas de la segunda instancia son a cargo de PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES, por no salir avante sus recursos. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1.000.000, la cual se dividirá en partes iguales para cada una.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la declaración de la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia de primera instancia, y se le **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar además de lo ordenado por el juez, las **primas de seguros del Fogafín**, debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos, **ACLARANDO** que el concepto de Fogafín solo se deberá trasladar hasta la fecha que se realizó dicho descuento, como se dijo en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Se **ADICIONA** la sentencia, y se **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.**, que, al momento de cumplirse la orden de trasladar las sumas recibidas con motivo de la afiliación de la demandante, estos conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Las costas procesales y agencias en derecho, como se dejó dicho en la parte motiva de esta sentencia.

Se notifica lo resuelto por **EDICTO**. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|-------------------------------------|
| PROCESO | Ordinario |
| DEMANDANTE | Noelia de Jesús González Garzón |
| DEMANDADO | Colpensiones y Protección S.A. |
| RADICADO | 05-001-31-05- 004-2018-00846 |
| DECISIÓN | Adiciona y confirma sentencia |
| MAGISTRADO PONENTE | Guillermo Cardona Martínez |

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/147> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN
Fijado el 23 de febrero de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 23 de febrero de 2023 a la 5:00 pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO