

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **YOLANDA MUÑOZ RODRÍGUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-014-2019-00690-01.

AUTO:

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico por parte de la sociedad PALACIO CONSULTORES S.A.S., quien representa judicialmente los intereses de Colpensiones en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada FANCY ANITH MARÍN GUTIÉRREZ identificada con C.C. No43.566.730 y portador (a) de la T.P. No. 266.035 del C.S de la J, para que represente a COLPENSIONES en este proceso como apoderada sustituta.

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

1. ANTECEDENTES:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora, que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES hasta diciembre de 1998, fecha en la que se trasladó al RAIS por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A.

Manifiesta que los asesores de PROTECCIÓN S.A. no le brindaron la información debida acerca de las graves consecuencias del traslado, pues le informaron que en los fondos privados se pensionaba mejor que en el ISS, y que se pensionaba anticipadamente, inclusive antes de la edad mínima exigida en aquel, debido a los rendimientos financieros que produciría su cuenta de ahorro individual, además que el ISS se iba acabar, pero en ningún momento le suministraron información adicional consistente en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, con el fin de obtener una pensión anticipada, e indica que PROTECCIÓN S.A. nunca le informó que dicho traslado la perjudicaría a futuro en cuanto al monto de la prestación de vejez.

Expone que realizó la debida reclamación administrativa ante las entidades demandadas, solicitando el traslado de régimen pensional, a lo cual estas responden negando el traslado de régimen pensional.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, entendiéndose que la demandante se ha mantenido afiliada al RPM, de manera permanente y sin solución de continuidad.

Consecuencialmente condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos financieros y las comisiones de administración, que incluye los seguros previsionales y la garantía de la pensión mínima a partir de 01 de diciembre de 1998.

De otro lado, ordenó a PROTECCIÓN S.A. a que comunique dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria, de la sentencia la decisión a la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO OFICINA DE BONOS PENSIONALES, para los efectos legales correspondientes.

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

Para fulminar condena, el *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional

que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a la afiliada al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de las AFP que hayan cumplido con su deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de ese consentimiento informado la suscripción del formulario de afiliación, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado de la demandante a PROTECCIÓN S.A.

Arguye que a pesar de que el acto es válido dicho acto jurídico no tiene efecto por haberse violentado el deber de información, ya que el juzgado considera que las reglas que viene decantando la jurisprudencia se ve plasmada en el presente proceso.

Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción al considerar que, la validez del traslado de régimen se trata de un derecho íntimamente ligado a la pensión, mismo que es un derecho fundamental imprescriptible.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada por las apoderadas judiciales de PROTECCIÓN S.A. y de COLPENSIONES, en los siguientes términos:

APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. apela la sentencia parcialmente, respecto a la orden de trasladar a COLPENSIONES los dineros cobrados por gastos de administración, así como las comisiones y las primas de los seguros previsionales, indicando que dicho descuento se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, descuento que se realizó con autorización normativa como se realiza ante cualquier entidad administradora de pensiones, y como contraprestación a una buena gestión de administración del recurso de la demandante como se evidencia con los excelentes rendimientos financieros generados en su cuenta de ahorro individual que ascienden a un 133%, además se trata de dineros ya causados durante la administración de los recursos del fondo.

Aduce que la CSJ ha puesto de presente la teoría de las prestaciones acaecidas en la Sentencia 31989 de septiembre de 2008, además que en cuanto al cobro del 3% destinado para la comisión de administración y para financiar las primas de invalidez y sobrevivencia opera la prescripción al ser un concepto de tracto sucesivo causado por la imperiosidad que impone la Ley, y que no financia la prestación económica por vejez.

Por lo anterior le solicita al Tribunal Superior de Medellín revocar la sentencia parcialmente, en lo concerniente al traslado de las comisiones de administración, toda vez que se trata de prestaciones ya acaecidas.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

La apoderada judicial de COLPENSIONES apela la sentencia parcialmente, en lo que tiene que ver con la orden de la devolución de los dineros de la cuenta de la demandante, al no realizarlo de forma indexada, indicando que la devolución de cuotas, gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios se deben indexar, ya que dichas cuotas que cobran las administradoras del RAIS son un ingreso propio en la generación de un patrimonio, todo ello en virtud de la afiliación realizada por el cotizante obligatorio al Sistema General de Pensiones, que al declararse la ineficacia dichos dineros junto con los rendimientos, generan un enriquecimiento sin causa a su favor y que de no trasladarse de manera indexada constituyen un desmedro en COLPENSIONES, pues dichos dineros nunca estuvieron en su haber y la administración de dichas sumas de dinero sirven para efectos de capitalizar el fondo de naturaleza común.

Por lo anterior solicita al Tribunal realizar la indexación de los dineros mencionados.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de las partes, no presentaron alegatos.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

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

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

6. CONSIDERACIONES:

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

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

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

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

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

En el presente asunto, está probado, que la actora, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según historia laboral emitida por COLPENSIONES visible a folios 24 a 28 del documento 08 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A. el 15 de octubre de 1998, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 38 del documento 06 del expediente digital, con efectividad al 1° de diciembre de 1998 como se anota a folio 40 del documento 06 del expediente digital.

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1° 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 1998 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 la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:16:12 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (Documento

17 del expediente digital), no se advierte que esta haya confesado que el asesor de la AFP PROTECCIÓN S.A. le hubiese brindado la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no manifiesta que se le ilustró 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, aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo señaló el *a quo*, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probaron las AFP, 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 1998 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por el ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES por PROTECCIÓN S.A., la orden impartida por la *a quo*, en principio se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, sin embargo no existe la debida precisión de los dineros a transferir, pues el juez no hizo mención a la devolución del porcentaje del reaseguro de Fogafín, por lo que se precisa en esta instancia, que PROTECCIÓN 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, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues contrario a lo manifestado por el apoderado de PROTECCIÓN S.A. en su recurso de alzada, al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta

Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

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

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

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación dla actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

Asimismo, 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 las AFP demandadas, 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.

Respecto del argumentos de Colpensiones en la apelación, que las sumas de gastos de administración deben ser devueltos debidamente indexados, en las sentencias SL1688 de 2019 SL 2932 de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021, la CSJ ordenó que las cuotas de administración fueran devueltas indexadas, debido a ello, le asiste razón a Colpensiones en este aspecto, de la apelación, por lo que se ordenará en esta instancia, que las referidas cuotas de administración sean devueltas indexadas.

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

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. al haber salido vencida en el recurso de apelación interpuesto. 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 24 de febrero de 2022 proferida por el JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **YOLANDA MUÑOZ RODRÍGUEZ** contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, PRECISÁNDOLA en el sentido de que PROTECCIÓN 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, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

SEGUNDO: ORDENAR que las cuotas de administración, que incluyen los porcentajes descontados para comisiones de administración, pago de primas de seguros previsionales, pago de prima de reaseguro de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, deben ser devueltos a COLPENSIONES por parte de PROTECCIÓN S.A. debidamente indexados.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. en favor de la demandante. 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: **f909c89fcdad5048ea5829c6e88a9ed4dd80fe7ef957378563f8f4f3f11d10e3**
Documento generado en 23/02/2023 02:33:41 PM

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