

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL
Acta N° 76

Medellín, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelve el grado jurisdiccional de consulta en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **DORIS DASIAS COHEN HERNANDEZ** contra **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**.

De acuerdo a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita.

ANTECEDENTES

Pretensiones

La demandante solicita que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS a través de **Protección S.A.**; y, en consecuencia, se indique que se mantuvo afiliada sin solución de continuidad al RPM administrado por **Colpensiones**.

Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a **Protección S.A.** a trasladar a **Colpensiones** el valor contenido en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos y sin lugar a realizar descuento por concepto de cuotas de administración.

La pensión de vejez de acuerdo a la ley 797 de 2003 y los intereses moratorios consagrado en la ley art. 141 de la ley 100 de 1993.

Hechos

Como fundamento de sus pretensiones indica que fue afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el instituto de seguros sociales hoy colpensiones, se trasladó de régimen en octubre de 1994, hacia Protección, entidad donde no fue debidamente asesorada, ni informada sobre las implicaciones y consecuencias de trasladarse.

A la fecha no se ha podido trasladar de régimen, para poder así asegurar su derecho a la pensión de vejez con los beneficios propios que ello implica, toda vez que en la actualidad cuenta con más de 57 años de edad, pues nació el 01-01-1965 y ha cotizado más de 1300 semanas en toda su vida laboral.

La actora ha radicado documentación ante Colpensiones para efectos de que le sea reconocida su prestación económica de pensión de vejez y la ineficacia del traslado, lo que realizó el 07-07-2022.

Respuesta Protección S.A.

Entidad que por intermedio de apoderada manifestó que es cierto que el demandante se vinculó en el 7 de septiembre de 1994 al fondo que administra, decisión que tomó luego de que se le suministrara una asesoría suficiente de las características propias del régimen pensional que había seleccionado y la forma como se construye la pensión en el mismo.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de recursos públicos del sistema de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver seguro previsional.

Respuesta Colpensiones

Administradora que a través de apoderada manifestó que es cierto que el demandante fue su afiliado y con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 se trasladó al RAIS administrado en la actualidad por **Protección S.A.**, sin que le consten los pormenores en que tomó esta decisión.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones presentadas en su contra y propuso como excepciones: improcedencia de la declaratoria de ineficacia, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas, prescripción, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

Sentencia de primera instancia

La Juez Octava Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del **7 de febrero de 2023, declaró** la ineficacia de la afiliación al RAIS, indicando que la actora se encuentra válidamente afiliada a **Colpensiones**.

Como consecuencia de lo anterior, **ordenó a Protección S.A.** trasladar a **Colpensiones**, todos los valores recibidos con motivo de la vinculación de la demandante, como: Lo acumulado en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, bono pensional, los valores cobrados por cuotas de administración y comisiones, seguros previsionales, seguros fogafin, los aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

Condenó a Colpensiones que reconociera la pensión de vejez bajo los parámetros de la ley 797 de 2003, liquidando cuando acredite el retiro del sistema general de pensiones, teniendo en cuenta el art. 21 y 34 de la ley 100 de 1993.

Esta decisión no la recurrieron razón por la que se conoce en el grado de consulta a favor de Colpensiones.

Alegatos de conclusión

Corrido el término de traslado, que establece la ley 2213 de junio de 2022. No se presentaron.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Los problemas jurídicos a resolver en esta segunda instancia conforme con el grado jurisdiccional de consulta, serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen del demandante resulta o no eficaz, (ii) Establecer cuáles son las consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia, (iii) revisar si operó la prescripción y (iv) si procede la condena a reconocer pensión de vejez a la actora.

Pruebas relevantes

Antes de resolver considera la Sala importante realizar las siguientes precisiones de conformidad con las pruebas que obran en el expediente:

1. La señora **Doris Dasias Cohen Hernández** fue afiliada al **ISS** hoy **Colpensiones** el día **10 abril de 1989**.
2. Se trasladó a Protección el 1 de octubre de 1994.
3. Nació el 1 de enero de 1965.
4. Cuenta en toda su vida laboral con 1364 semanas.

Efectuadas las anteriores precisiones procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento:

El precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL4426 de 2019, SL2611 de 2020, SL2877 de 2020, SL-1217 de 2021 y SL-755-2022.

En las providencias citadas 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 a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: (i) desde la fundación de las AFP, segundo momento, (ii) desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y (iii) 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 a través de a **Protección S.A.** el día **1 de enero de 1994**, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual la jurisprudencia en interpretación del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 ha exigido la demostración por parte de las administradoras de pensiones del cumplimiento del deber entregar una información necesaria y transparente, conceptos que se explican en la sentencia SL-1452-2019 de la siguiente forma:

Información necesaria: consistente en la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que implica un comparativo entre las vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Transparencia: La AFP a través de su promotor debe comunicar a su potencial afiliado en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios.

El anterior deber trae en lo procesal una carga que recae en la administradora de pensiones, y es demostrar que suministró a la posible afiliada una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen, para solo a partir de este conocimiento concluir que se garantizó su derecho al ejercicio de una libre selección de régimen pensional.

Sobre la **carga de la prueba** es importante 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.

En lo que respecta al caso de autos, **Protección S.A.** al dar respuesta a la demanda manifestó que entregó información a la demandante en lo referente a las condiciones en que accedería a una eventual pensión de vejez, sin embargo, más allá de esta afirmación no se trajo al proceso prueba de que se entregó a la actora una información necesaria y transparente para la fecha de la suscripción del formulario de afiliación¹, debiendo recordarse que la suscripción de este documento apenas implica que hubo un consentimiento libre de vicios² pero no informado.

¹En lo referente a la aplicación de la carga de la prueba se indicó en sentencia SL-081-2021, lo siguiente: “Por tal razón, si la parte actora alude a la ausencia de tal información, como ocurre en este caso, no es de su cargo demostrar tal omisión, pues corresponde a un hecho negativo. Por el contrario, es deber de la AFP traer a juicio los elementos de prueba que permitan establecer que, al momento de la afiliación, brindó las explicaciones suficientes y veraces sobre las consecuencias, beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Así, si a la administradora se le adjudica el incumplimiento de su deber profesional y de no actuar con diligencia, entonces incumbe a ésta acreditar que sí atendió tales obligaciones. Además, es la entidad quien se encuentra en mejor posición probatoria para allegar los elementos de prueba requeridos para esclarecer hechos como los que aquí se discuten.”

² Sentencias SL-4426-2019, SL-782 de 2021 y SL-1743 de 2021.

Sobre las obligaciones que recaen en las administradoras de pensiones es bastante ilustrativa la sentencia SL-782 de 2021, 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.

A partir de lo expuesto, encuentra la Sala que al no demostrar **Protección S.A.** que cumpliera con su deber de informar, la consecuencia es que la afiliación efectuada a este fondo devenga ineficaz de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por lo que se **confirmará** el fallo consultado.

De los efectos de la ineficacia

La Juez de primera instancia como consecuencia de la declaratoria de ineficacia condenó a la administradora del RAIS a trasladar a **Colpensiones** todos los valores recibidos con motivo de la vinculación de la demandante, las cuotas de administración, comisiones, aportes para la garantía de pensión mínima, cuotas de seguros previsionales y reaseguros con todos sus rendimientos, condenas que la Sala encuentra acorde ya que ara la Sala es claro que durante los periodos en que la actora estuvo vinculada a la administradora del RAIS, se privó a **Colpensiones** del cobro de los gastos de administración en su favor, y en ese orden el restablecimiento de las cosas a su estado inicial no puede perjudicar al fondo de naturaleza pública, porque precisamente con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta entidad tiene derecho a recibir 3 puntos porcentuales del aporte por gastos de administración, concepto que no fue recibido como consecuencia del acto declarado ineficaz.

Finalmente, en lo que toca con lo pagado por primas de seguros previsionales, debe indicarse que tales pagos obedecieron a la vinculación declarada ineficaz y en tal sentido hay una disminución en el valor del porcentaje de debió corresponder a **Colpensiones**, desmejora que deben asumir **Protección S.A.** y

es por ello que la jurisprudencia ha indicado que deben ser reconocidos con cargo a su patrimonio y debidamente indexados, siendo un claro ejemplo de esta tesis la reciente SL-755-2022.

Ahora siendo este un aspecto conocido en el grado de consulta 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 RPM³.
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 comprador⁴.
3. Los **gastos de administración**⁵, concepto consagra 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, primas de seguros del Fogafín y la comisión correspondiente a la AFP por su gestión.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a las administradoras del RPM, 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 beneficios⁶, (ii) la devolución debe ser

³Se 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, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

⁴Se 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, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

⁵Se deben asumir por el fondo de pensiones con cargo en su propio patrimonio y de forma indexada. 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.

⁶Sentencia SL-4360-2019.

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 pensiones⁷.

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 2016⁸.

A partir de lo explicado, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia al condenar a **Protección S.A.**, a trasladar a **Colpensiones** las cuotas de administración, seguros previsionales y reaseguros, por lo que se **confirmará** en este aspecto la decisión de primera instancia, sin embargo, debe **adicionarse** para indicar que esas sumas ordenadas deben trasladarse debidamente indexadas.

De otro lado y al conocer en consulta la Sala encuentra pertinente y de acuerdo a lo establecido en las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022 y SL-756-2022, con el fin de que exista claridad en lo concerniente a los traslados que realizará el Fondo en lo referente a los valores y conceptos que se está trasladando, Adicionar la sentencia en cuanto que **Protección S.A.**, al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a **Colpensiones**, estos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Devolución del Bono Pensional Tipo A

Conforme lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 los bonos pensionales constituyen un aporte para conformar el capital que requieren los afiliados del Sistema General de Pensiones para financiar la pensión.

Los bonos tienen varias clasificaciones; importando para el caso que se resuelve el tipo A, que corresponden al afiliado que se traslada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

⁷Sentencia SL-2877-2020.

⁸En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL 2877-2020, CSJ SL-936-2021, CSJ SL-938-2021, CSJ SL-1410-2021CSJ y SL1442-2021.

Este mecanismo de financiación de la pensión antes de su pago debe surtir varias etapas entre las que se encuentran la emisión, expedición, redención y pago, en el caso estudiado, y dado que a la fecha se desconoce si este ha sido recibido por **Protección S.A.** por lo que se **revocará** la decisión de primera instancia en cuanto ordenó su devolución a **Colpensiones**, indicando que en el caso en que se haya recibido el mismo deberá ser restituido a la oficina de bonos pensionales del **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, para que esta entidad proceda con su anulación.

Cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez

El artículo 9 de la Ley 797 de 2003 establece que tendrán derecho a la pensión de vejez, los afiliados mujeres que reúnan las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido 55 años. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementó la edad a 57 años.
2. 1000 semanas de cotización, incrementadas a 1050 a partir del 1 de enero de 2005, y en los años sucesivos a partir del 1 de enero de 2006 en 25 semanas hasta alcanzar en 2015 un número de 1300 semanas.

En lo que refiere al cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003⁹, se encuentra que los mismos están satisfechos, toda vez que, la actora cumplió 57 años de edad, el día **1 de enero de 2022**¹⁰ y para aquella fecha contaba con **1364 semanas** de cotización, por lo que en este aspecto se debe **confirmar** la decisión consultada.

La desafiliación del sistema como requisito para el disfrute de la pensión de vejez

Referente a este aspecto es importante recordar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 el retiro del sistema es un requisito previo para disfrutar del pago de la pensión, condición que en el caso de autos no se encuentra plenamente probado, en razón a que a la actora le aparecen cotizaciones hasta enero de 2021, sin embargo en el interrogatorio la demandante manifestó que cotizó hasta 2022, no siendo claro para para la Sala dicho aspecto y por tanto le asistió razón a la juez de primera instancia en

⁹ La norma establece las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido 55 años de edad si es mujer o 60 años si es hombre.
A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a 57 años de edad para la mujer, y 62 años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo.
A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

¹⁰ Nació el día 13 de noviembre de 1955 (01/págs.19-20).

cuanto que debe ser liquidada la prestación por Colpensiones a partir del día siguiente a la última cotización y teniendo en cuenta los art. 21 y 34 de la ley 100 de 1993.

En lo que tiene que ver con la prescripción, encuentra la Sala que esta excepción no está llamada a prosperar, puesto que, 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. En este sentido se remite a la lectura de las sentencias SL-1688 de 2019, SL- 3202 de 2021 y SL 3199 de 2021.

Referente a las mesadas pensionales tampoco ha operado este fenómeno, en razón a que únicamente con esta sentencia se está ordenando su reconocimiento y solo a partir del día siguiente a la última cotización.

Costas

Sin costas en esta instancia.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de Medellín, el día **7 de febrero de 2023**, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **DORIS DASIAS COHEN HERNANDEZ** contra **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**.

ADICIONANADO para indicar que esas sumas ordenas con ocasión del traslado de régimen deben estar debidamente indexadas.

ADICIONÁNDOLA para que **PROTECCIÓN S.A.**, al momento de cumplirse la orden de trasladar las sumas recibidas con motivo de la afiliación de la demandante, 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 justifiquen. En todo lo demás confirma la decisión.

REVOCAR en cuanto se ordenó a **Protección S.A.** la devolución del bono pensional de la actora a **COLPENSIONES**, para en su lugar indicar que en caso de que el mismo haya sido recibido se proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, para que esta entidad proceda con su anulación.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**.

LOS MAGISTRADOS



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ

Radicado 05001-31-05-008-2022-00300-01
Radicado Interno: P3423
Asunto: Confirma, adiciona y revoca sentencia



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	Doris Dasias Cohen Hernández
Demandado (s)	Protección S.A. y Colpensiones.
Radicado	05001-31-05-008-2022-00300-01
Decisión	Confirma, adiciona y revoca sentencia
Magistrado ponente	Carmen Helena Castaño Cardona

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/148> 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 31 de marzo de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 31 de marzo de 2023 a las 5:00pm

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO