

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El seis (06) de octubre 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 **LUZ STELLA CARDONA VELANDIA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-004-2019-00613-01**.

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:

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) en la AFP PROTECCIÓN S.A. ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como consecuencia, solicita, se condene al traslado de los aportes realizados por el asegurado, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art 1746 del Código Civil. Igualmente solicita que se condene a Colpensiones a validar los aportes en pensiones trasladados por PROTECCIÓN S.A. y a incorporarlos a la historia del asegurado.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que nació el 10 de enero de 1961, que se afilió al antiguo ISS, hoy Colpensiones, y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de COLMENA AIG, hoy PROTECCIÓN S.A.

Arguye que previa su afiliación por COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A., no se le realizó un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le aparejaría permanecer o trasladarse de régimen pensional.

Expone que no se le explicaron las diferencias entre RPM y RAIS, que tampoco le indicaron los factores que se tenían en cuenta para determinar la fecha probable de la pensión y su monto.

Finalmente, aduce, que solicitó ante COLPENSIONES su traslado de régimen el 26 de abril de 2019, mismo que le fue negado.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de primera instancia, despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS que administra PROTECCIÓN S.A. dejando incólume su afiliación inicial al RPM entendiéndose que la demandante estuvo afiliada a dicho régimen de manera permanente y sin solución de continuidad desde la afiliación inicial.

Consecuencialmente ordenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, todas las sumas que recibió con ocasión al traslado y las que actualmente integran la cuenta de ahorro individual, dentro de los 30 días siguientes a esta decisión. Ordenó a COLPENSIONES dar continuidad a la afiliación de la demandante en el RPM sin solución de continuidad, y recibir a satisfacción y equivalencia los aportes detallados.

Asimismo, ordenó a PROTECCIÓN S.A. a retornar a COLPENSIONES, aportes, cotizaciones y rendimientos financieros en su totalidad, las primas de seguros previsionales, los pagos destinados a la conformación del capital de pensión de garantía mínima, así como gastos, comisiones, pagos de administración causados durante toda la afiliación, los que deberán trasladarse sin descontar valor alguno y debidamente indexados, con cargo al propio patrimonio de PROTECCIÓN S.A.

Igualmente dispuso que estos capitales retornarán con la documentación adecuada y relevante en ciclos, valores y demás documentación.

Seguidamente ordeno a Colpensiones a recibir el traslado de los valores que remita la sociedad PROTECCIÓN S.A. y proceda a reactivar la afiliación de la demandante en el RPM actualizando su historia laboral incluyendo los aportes procedentes de la sociedad protección y brinde todas las garantías de la afiliación

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 inconvenientes de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Luego, señaló que cuando las administradoras hagan eventos de promoción deberán informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse. Igualmente menciona que, la información debe ser suficiente y amplia, el decreto 656 art 15 indica que la información debe ir acompañada del derecho a retractarse.

Arguye que, cuando se da la ineficacia del traslado como dice la teoría de las obligaciones, es un acto jurídico ineficaz y no debe causar ningún efecto jurídico, por violentar los requisitos de esencialidad, en este caso la libertad informada.

De otra parte, condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. Agencias en derecho en \$2.500.000 a favor de la demandante y exonerando de estas Colpensiones

Por último, desestimo las excepciones de fondo o merito propuestas por Colpensiones y PROTECCIÓN S.A.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por el apoderado judicial de COLPENSIONES argumentando que no era dable la declaratoria de ineficacia del traslado pues dichos traslados cumplieron los requisitos de fondo y forma para ser válidos. El traslado se dio en debida forma sin que hubiese mediado circunstancias que puedan invalidar dicho acto jurídico.

Igualmente, se logró observar en el debate probatorio que las AFP dieron cumplimiento pleno a lo que en su momento correspondía a los deberes de información asesoría y buen consejo.

Del debate probatorio se puede colegir perfectamente que en ambas causas la principal motivación acontece a una diferencia en la mesada pensional. Situación que no invalida el consentimiento o no es dable una declaratoria de ineficacia toda vez que lo anterior se genera producto de una falla estructural del mismo sistema RAIS y no una falla que pueda ser atribuible a los fondos de pensiones y que le mismo sea

indicativo de una violación a los deberes de asesoría, información y buen consejo. Los mismos se dieron en debida forma y atendiendo a los mínimos de exigencia y al debido proceso que para la fecha de los traslados era exigible.

Me permito traer a colación la sentencia T 122 de 2017 dicha sentencia puede servir como criterio auxiliar o vinculante en el entendido que no pueden considerarse a todos los afiliados como parte débil o indefensa, la misma ley también previó en los afiliados deberes propios. No se trata de un contrato de adhesión sino también un contrato de colaboración y ayuda mutua como usuarios del sistema financiero.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia el apoderado judicial de COLPENSIONES allegó escrito de alegatos anotando resumidamente que el traslado de régimen pensional del demandante, fue de manera libre y voluntaria, sin coacción alguna, firmando el formulario de afiliación que para la fecha era el único documento exigible legalmente para efectos del Traslado de Regimen, por tanto no se le puede imponer cargas procesales a la AFP que no están obligados a soportar, estos traslados están generando un detrimento al sistema general de pensiones, toda vez que los recursos trasladados a Colpensiones por parte de la AFP son insuficientes para sostener una pensión, generando así pánico económico y atentando contra el principio de sostenibilidad financiera.

Es pertinente resaltar que de conformidad con el art 2 Ley 797 de 2003, modifíco art 13 de la Ley 100 de 1993 existe una prohibición de traslado entre regímenes dado que a la fecha la demandante cuenta con 52 años de edad.

Aquí se probó que LA AFP PROTECCION S. A. le dio una asesoría, buen consejo y una doble asesoría antes de cumplir con el término establecido por la Ley.

Bajo estos parámetros no se puede considerar que hubo engaño por parte de la AFP PROTECCION, por el contrario desanimó a su afiliado hoy demandante señora LUZ ESTELLA CARDONA VELANDIA, que siguiera cotizando en el Régimen de Ahorro Individual, que hiciera los trámites de regreso al Régimen de Prima Media (Colpensiones), más sin embargo aquella no acató las recomendaciones y siguió inmersa en el Régimen de Ahorro Individual, a sabiendas que su mesada pensional iba a ser mejor en el Régimen de Prima Media.

La inversión de la carga de la prueba es inequitativa porque exonera al afiliado del deber de probar sus afirmaciones. El afiliado debería demostrar que buscó asesoría y no se la brindaron, que la asesoría no fue suficiente para tomar una decisión.

No obstante, por los anteriores argumentos se otorga el traslado de Régimen al demandante de la AFP COLFONDOS S.A a Colpensiones le solicito de manera respetuosa manifieste que estos valores deben corresponder, al total ahorrado en la cuenta individual de la demandante Intereses y rendimientos y lo correspondiente a las Cuotas de Administración. Lo correspondiente al porcentaje de Pensión de garantía Mínima. Los porcentajes de los seguros previsionales durante todo el tiempo que estuvo vinculado a la AFP PROTECCION S.A., gastos de administración. Adicional a lo anterior los dineros deben ser indexados.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al régimen pensional de ahorro Individual con solidaridad debe declararse ineficaz y en caso afirmativo, en qué términos y condiciones, se debe realizar, el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por 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 el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

6. CONSIDERACIONES:

Para resolver la consulta, es necesario manifestar, primeramente 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 de 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 la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según

historia laboral emitida por COLPENSIONES que reposa a folios 72 a 77 del plenario (Documento 01 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS COLMENA AIG, hoy PROTECCIÓN S.A. el 09 de octubre de 1998, como se desprende del formulario de afiliación, que milita a folio 49 (documento 01 del expediente digital).

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria 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 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, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el que se encuentra grabado a partir del minuto 01:06:35 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento, (Documento 10 del expediente digital) no se advierte que, esta haya confesado que al momento de su traslado de régimen 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, 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, ha señalado la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para probar la asesoría y el cumplimiento del deber de información, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa 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 en este proceso la AFP PROTECCIÓN S.A., siendo su carga.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que, la orden impartida por el *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 durante el tiempo que legalmente

se haya descontado de la cotización, por lo que se precisará 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 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 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, 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.

Respecto de la afirmación que realiza la apoderada de COLPENSIONES en sus alegatos sobre la imposibilidad legal de traslado de régimen, derivada de la restricción temporal impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende la demandante, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por COLPENSIONES 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.

Respecto de la solicitud de la apoderada de COLPENSIONES en los alegatos de esta instancia, en el sentido que se ordena la indexación de las sumas a devolver por PROTECCIÓN S.A. esto ya fue decidido en primera instancia.

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

Costas en esta instancia a favor de la accionante y a cargo de Colpensiones por haber resultado 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 06 de marzo de 2023 proferida por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **LUZ STELLA CARDONA VELANDIA** contra **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** PRECISANDO, que PROTECCIÓN S.A., debe devolver a Colpensiones, la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación de la actora, sin descuento de ninguna índole, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, con sus intereses o rendimientos, indexando el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la demandante.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a favor de la accionante y a cargo de Colpensiones. 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: **559b4d80fc4ff457a6894542be68744bbf21e60a4807659e5b2259b1ae20996e**

Documento generado en 06/10/2023 02:55:00 PM

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