



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Olga Lucía Escobar Mesa
DEMANDADO	Colpensiones y Protección S.A
RADICADO	05-001-31-05- 013-2019-00264
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021), 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 **185** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **OLGA LUCÍA ESCOBAR MESA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** con radicado **05-001-31-05-013-2019-00264**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos del poder conferido por el doctor **ANDRÉS EDUARDO SALCEDO CAMACHO**, en calidad de representante legal para procesos de **COLPENSIONES** de la firma **ABACO ABOGADOS Y CONSULTORES S.A.S.**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar a la Dra. **CARMEN YOJANA RAMÍREZ VILLEGAS**, identificada con cédula de ciudadanía N° 4.209.298 y portadora de la tarjeta profesional N° 157.953 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de la entidad hasta su culminación en el presente proceso judicial.

• **PRETENSIONES**

La demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN S.A. En consecuencia, se declare que siempre ha permanecido afiliada al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, y se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los aportes y rendimientos, los cuales deben ser recibidos por ésta última entidad. Y que se condene en costas a las demandadas.

- **HECHOS**

Frente a los hechos manifestó que se encontraba afiliada al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Que se trasladó al RAIS el 5 de abril de 1994, pero no recibió ninguna información de manera fehaciente para tomar la mejor decisión para su futuro pensional. Y que el 29 de agosto de 2019, se acercó a PROTECCIÓN S.A. con el fin de recibir información y obtener una proyección de su pensión, siendo el monto de su pensión muy inferior al que podría recibir en COLPENSIONES.

- **CONTESTACIÓN**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda manifestó que no le consta que la demandante estuviese afiliada al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como tampoco le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio su afiliación a PROTECCIÓN S.A. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y propuso como excepciones la de inexistencia de la obligación, prescripción, imposibilidad de condena en costas y buena fe.

- ✓ PROTECCIÓN S.A.:

En su contestación señaló que no le consta que la demandante se encontrara afiliada al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Que es cierto que se trasladó al RAIS el 5 de abril de 1994 a través de COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. Que no es cierto que la demandante no haya recibido por parte de sus asesores una información adecuada, pues al momento de su vinculación se le brindó una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS. Que es cierto que el 29 de agosto

de 2019 PROTECCIÓN S.A. le puso de presente a la demandante la proyección de su pensión en el RAIS. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y planteó varias excepciones de mérito.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 24 de junio de 2020, el Juzgado Decimotercero Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** ineficaz el traslado de la demandante realizado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., toda vez que la administradora de fondos de pensiones incumplió al deber de información exigido por la ley.

CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, en un término no mayor de 30 días a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones efectuadas, cuotas y/o gastos de administración, rendimientos que se hubiesen causado, como si hubiese permanecido en el régimen de prima media.

CONDENÓ a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante al régimen de prima media.

DECLARÓ improbadas las excepciones de mérito formuladas por las demandadas.

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

- **APELACIÓN:**

✓ PROTECCIÓN S.A:

La apoderada de la entidad, interpone recurso de apelación parcial frente a la condena de devolver las cuotas de administración, manifestando que estos dineros son descuentos legales, exequibles y vigentes que se realizan en uno y otro régimen, y que no tienen como finalidad la financiación de la mesada pensional, toda vez que se depositan en cuentas diferentes de destinación específica y si la demandante hubiese permanecido en COLPENSIONES o en el ISS, estos descuentos de igual manera se hubieren generado. Indica que estos descuentos se encuentran plenamente sustentados en los rendimientos

que ha generado la cuenta de ahorro individual de la demandante, la cual se acerca al 150% de lo que ella ha aportado. Que si la consecuencia de la ineficacia es que se considere que siempre ha estado en COLPENSIONES, lo que debe devolverse es solo el valor correspondiente a los aportes más los rendimientos que se hubieren generado, toda vez que, como es de público conocimiento, los rendimientos que genera el fondo privado son mayores a los que se generan en el régimen de prima media. Que con la presente condena se está incurriendo en un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES, ya que este recibe los rendimientos fruto de una administración realizada por PROTECCIÓN S.A. Y que se debe considerar la aplicación de la prescripción respecto de las cuotas de administración, pues estos dineros no son de carácter pensional y no van encaminados a financiar las mesadas pensionales, ni afecta el IBL de la demandante.

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

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLPENSIONES:

La apoderada de Colpensiones en sus alegatos, expuso que había que abordar el tema haciendo referencia a la postura de la Corte Suprema de Justicia frente al traslado de régimen pensional, en donde se habla del consentimiento informado y carga de la prueba. Que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado. Que se debe revocar la sentencia, toda vez que la actora se trasladó que de manera libre y voluntaria, y se le está imponiendo una obligación a COLPENSIONES que normativamente no está llamada a soportar, además de valorar la buena fe en la actuación desplegada por la entidad. Y que en el evento de confirmarse la sentencia, debe ordenarse a PROTECCIÓN S.A. a que devuelva a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido durante el tiempo de permanencia del actor en la AFP, junto con sus rendimientos y cuotas de administración como lo ordenó la a quo, sino también, lo que corresponde a seguros previsionales y descuento de la garantía de pensión mínima, y todos los valores debidamente indexados.

- **DECRETO 806 DE 2020:**

Atendiendo a lo establecido en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 “*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*”, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con el recurso interpuesto y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será **i)** determinar si el acto jurídico de afiliación de la señora OLGA LUCÍA ESCOBAR MESA a PROTECCIÓN S.A., fue válido, o si por el contrario es ineficaz; consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, **ii)** se deberá analizar los conceptos a devolver por el fondo privado; **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, SL2877, SL4811 de 2020, y SL1217, SL782 de 2021.

En el caso objeto de estudio, sobre los pormenores que rodearon el traslado de la demandante, del interrogatorio de parte se desprende que su traslado al RAIS se dio a través de COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. mientras se encontraba laborando en la misma entidad. Que no recibió una información suficiente por parte del fondo privado, pues en la reunión que duró aproximadamente 20 minutos, este se centró en indicar que el ISS se iba a acabar, que allí se podría pensionar en cualquier tiempo y que su dinero sería heredable. Y que no recibió por parte de PROTECCIÓN S.A. ninguna

información en lo que tiene que ver con la prohibición de trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para adquirir la edad de pensión.

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.

Con respecto a lo anterior, las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PROTECCIÓN S.A., toda vez que, pese a que la entidad administradora anexó el documento visible de folio 161 del expediente digital, esto es, el formulario de afiliación, mismo que fue suscrito por la demandante, que permite pensar en un principio que si 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 nuevamente, 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.

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 los fondos privado:

Con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR 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 inferiores al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Pues bien, conforme a la apelación de PROTECCIÓN S.A. y los alegatos interpuestos, debe precisarse que si bien en primera instancia se condenó a la devolución de los aportes efectuados por la demandante, incluidos los rendimientos financieros y cuotas de administración, 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.”*

Por lo anterior, además de lo ordenado por el juez a **PROTECCIÓN S.A.**, también deberá devolver los seguros previsionales, los cuales se componen de la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, estos conceptos debidamente indexados, al igual que las cuotas de administración indexadas, con cargo a sus propios recursos, y además también se deberá devolver lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, conforme lo dispone el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016, debiéndose **ADICIONAR** la sentencia, para en su lugar **ORDENARLE** a **PROTECCIÓN S.A.** incluir en los valores por entregar a COLPENSIONES, estos conceptos.

iii. Excepción de prescripción de la acción.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1688 de 2019, 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.

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.

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

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo la juez. Las costas de la segunda instancia son a cargo de PROTECCIÓN S.A., por no salir avante su recurso. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$908.526.

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, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y en su lugar, se le **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ordenado por la juez, los seguros previsionales, que se componen de la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados, al igual que las cuotas de administración indexadas, con cargo a sus propios

recursos, así como, lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, conforme lo dispone el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016.

TERCERO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia

CUARTO: Costas procesales y agencias en derecho, como se dejó dicho en la parte motiva de esta providencia.

Se notifica lo resuelto por **ESTADOS**. 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

EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE MEDELLÍN - SALA LABORAL - HACE CONSTAR

Que la presente providencia se notificó por
estados N° 113 del 30 de junio de 2021

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>