

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL
Acta N°194

Proyecto discutido y aprobado en sala virtual

Medellín, treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

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 resuelven los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes y el grado jurisdiccional de consulta, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **DIANA MARÍA ÁLVAREZ SÁNCHEZ** contra **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**.

De acuerdo a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita.

ANTECEDENTES

Pretensiones

La demandante solicita que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS; y, en consecuencia, se indique que se encuentra afiliada al RPM administrado por **Colpensiones**.

Una vez realizadas estas declaraciones se condene a **Protección S.A.** a trasladar a **Colpensiones**, todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante.

Hechos

Como fundamento de sus pretensiones indica que la demandante se afilió al **ISS hoy Colpensiones** el día **5 de marzo de 1986**.

En el mes de enero de 1998 se trasladó al RAIS administrado por **Protección S.A.**, sin que antes de su vinculación se le suministrara información que le permitiera identificar las características y diferencias entre los regímenes pensionales existentes y las consecuencias de su elección.

Respuesta Colpensiones

Colpensiones a por intermedio de apoderada indicó que es cierto que la actora fue su afiliada durante el término descrito en la demanda, sin que le consten los particulares que la llevaron a trasladarse al RAIS, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la obligación, prescripción, imposibilidad de condena en costas y buena fe.

Respuesta Protección S.A.

Protección S.A. a través de apoderada manifestó que la actora se afilió de forma libre y voluntaria a esa administradora y que antes de su vinculación se le explicaron con claridad todas las características del RAIS y principalmente que la pensión se construye a través de un ahorro en una cuenta individual en la que se consignan sus aportes pensionales y se obtiene rentabilidad financiera.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, reconcomiendo de restitución mutua en favor de la AFP e Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional.

Sentencia de primera instancia

La Juez Trece Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del **27 de noviembre de 2020**, **declaró** la ineficacia del traslado al RAIS; y en consecuencia, condenó a **Protección S.A.** a trasladar a **Colpensiones** el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 1 de marzo del año 1998 con los rendimientos que se hubieren causado, como si hubiera permanecido en el RPM.

Esta decisión no la compartieron las apoderadas de la parte demandada, motivo por el cual la impugnaron en los siguientes términos:

Recurso Protección S.A.

La apoderada de esta AFP solicitó que se **revoque** parcialmente la decisión de primera instancia en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, por cuanto esa administradora estaba facultada por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 para descontar tres puntos porcentuales del aporte realizado por sus afiliados, por su gestión.

En este punto debe tenerse en cuenta que **Protección S.A.** cumplió su gestión generando unos rendimientos que serán trasladados a **Colpensiones**, sin que esta última entidad realizara ninguna actividad, lo que generaría un enriquecimiento sin causa.

Señala que la aplicación del artículo 1746 del Código Civil, permite que **Protección S.A.** conserve las sumas cobradas por la administración pues obtuvo unas mejoras en las sumas administradas, y que en el evento de que se indique las cosas deben volver a su estado inicial y devolverse el 3% cobrado no debe retornarse los rendimientos.

En lo que toca con los dineros pagados por primas de seguros expresó que estos fueron cancelados a terceros y que no se encuentra facultada para reclamarlos, puesto que estos cumplieron con su obligación de proteger los riesgos durante el periodo de vigencia de las respectivas pólizas.

Por último, expresa que respecto del descuento del 3% debe aplicarse la prescripción pues estas sumas se causan de forma periódica y no están destinadas a la financiación de la pensión.

Recurso Colpensiones

Por su parte, la apoderada de **Colpensiones** solicita que se adicione el numeral segundo de la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a la devolución de conceptos como seguros previsionales y fondo de garantía de la pensión mínima conceptos que deberán ser indexados, esto con el fin de dar aplicación al principio de estabilidad financiera.

Alegatos de conclusión

Corrido el término de traslado establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la apoderada de **Protección S.A.** presentó alegaciones en las que reiteró

su petición y los fundamentos expuestos al momento de sustentar el recurso de alzada.

Por su parte la apoderada de **Colpensiones**, solicitó que se modifique la decisión de primera instancia en los términos solicitados al sustentar su recurso, lo que fundamento en el precedente jurisprudencial contenido en las sentencias SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018, SL 1421 de 2019 y SL 1688 de 2019.

Problema jurídico

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia de conformidad con los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones**, serán: (i) Determinar si el acto jurídico de afiliación al RAIS a través de **Protección S.A.** resulta o no eficaz, (ii) Establecer que conceptos está obligada a devolver **Protección S.A.** a **Colpensiones** y (iii) Revisar si operó la prescripción.

CONSIDERACIONES

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

1. La señora **Diana María Álvarez Sánchez** fue afiliada al **ISS** hoy **Colpensiones** desde el **5 de marzo de 1986** (fl.35).
2. La señora **Álvarez Sánchez** suscribió formulario de vinculación al RAIS a través de **Protección S.A.** el día **1 de enero de 1998** (fl.40), afiliación vigente desde el **1 de marzo de 1998**.

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 SL782 de 2021.

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 **Protección S.A.** se realizó el día **1 de enero de 1998** (fl.40), 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 al posible afiliado 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** aspecto que debate el apoderado de **Protección S.A.** 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 contestar la demanda expuso que cumplió con las obligaciones en particular la que tiene que ver con informar a la actora sobre las condiciones y diferencias fundamentales existentes entre el RAIS y RPM, sin embargo, en este sentido ninguna prueba se aportó al expediente; sin que en este sentido el contenido del formato de afiliación sirva como elemento demostrativo, puesto que, como lo anotara la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4426-2019, este a lo sumo acredita un consentimiento sin vicios, pero no informado.

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 anterior, 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, lo que a confirmar la decisión consultada en este aspecto.

De los efectos de la ineficacia

La Juez de primera instancia ordenó a **Protección S.A.** trasladar a **Colpensiones**, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del **1 de marzo de 1998**, con los rendimientos que se hubieren causado, como si hubiera permanecido en el RPM.

Esta decisión es debatida por las apoderadas de **Protección S.A.** y **Colpensiones**, la primera señala que no es posible impartir esta orden, puesto que con ella se desconoce el mandato del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 que permite a la administradora descontar estos conceptos por su gestión; entre tanto, la segunda expresa que para mantener la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones es necesaria la devolución de todos los conceptos recibidos por la administradora del RAIS lo que incluye lo pagado por seguros previsionales y fondo de garantía de la pensión de mínima debidamente indexado.

Para estudiar estos recursos y el grado jurisdiccional de consulta, es necesario recordar 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.

Este aspecto 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.

En ese orden, 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 las AFP que se beneficiaron de ello trasladen a **Colpensiones**, los siguientes conceptos:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del

artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM¹.

2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador².
3. Los **gastos de administración**, 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 **Colpensiones**, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios³, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁴.

Lo anterior, responde la inquietud presentada por la apoderada de **Protección S.A.**, en el sentido de que este porcentaje igual se cobraría en el RPM y que cumplió con su deber de administrar, y es que los efectos de la ineficacia causada con su conducta no pueden afectar el fondo de naturaleza pública, al que durante los años en que se mantuvo la afiliación se le privó de recibir los aportes.

Antes de terminar no puede la Sala pasar por alto lo indicado por la apoderada de **Protección S.A.** en su recurso, en el sentido de que el concepto de seguros previsiones que integra los gastos de

¹Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

²Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

³ Sentencia SL-4360-2019.

⁴ Sentencia SL-2877-2020.

administración no puede ser devuelto, en razón a que la administradora pagó las respectivas primas y mientras se mantuvo vigente la afiliación de la actora estuvo protegida por estos riesgos.

Para responder este cuestionamiento 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 los fondos de pensiones demandados, y es por ello que la jurisprudencia ha indicado que deben ser reconocidos con cargo al patrimonio de los fondos de pensiones debidamente indexados⁵.

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 2016⁶.

A partir de lo explicado, encuentra la Sala que le asistió razón al juez de primera instancia al condenar a la administradora demandada a la devolución de los gastos de administración precisando que este concepto deberá ser devuelto sin lugar a realizar descuento alguno por prima de reaseguros de Fogafín, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y deberá ser indexado al momento de su traslado.

De otro lado, es necesario **revocar** la decisión de primera instancia en cuanto a su absolución al traslado de otros conceptos, para en su lugar condenar a **Protección S.A.** a trasladar a **Colpensiones** los dineros contenidos en el fondo de garantía de la pensión mínima.

De la excepción de prescripción

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

⁵En 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.

⁶En 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.

integrar los elementos omitidos. En este sentido se remite a la lectura de la sentencia SL-1688 de 2019.

Por último, refiere la apoderada de **Protección S.A.** que los conceptos comprendidos dentro de los gastos de administración se afectan por el paso del tiempo y en ese sentido no es posible ordenar su traslado, pues han transcurrido más de 3 años desde su pago por parte del afiliado.

En lo que tiene que ver con este motivo de controversia debe indicarse que por tratarse de sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, en consecuencia, ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción, tal y como lo enseñara la Sala Laboral de la Corte Suprema en la sentencia SL-1473 de 2021, por lo que en este punto se despachará desfavorablemente el recurso interpuesto.

Costas

Costas en esta instancia a cargo de **Protección S.A.** por ser desfavorable el recurso interpuesto de conformidad con lo establecido en el numeral 1) del artículo 365 del CGP. Las agencias en favor de la demandante se fijan en **\$908.526**.

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 providencia de primera instancia proferida por la Juez Trece Laboral del Circuito de Medellín, el día **27 de noviembre de 2020**, en el proceso ordinario laboral adelantado por la señora **DIANA MARÍA ÁLVAREZ SÁNCHEZ** contra **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES, ADICIONÁNDOLA** y **RECONCILIÁNDOLA** en los términos indicados en la parte motiva, por lo que el numeral segundo de la decisión de primera instancia, quedará de la siguiente forma:

SEGUNDO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de

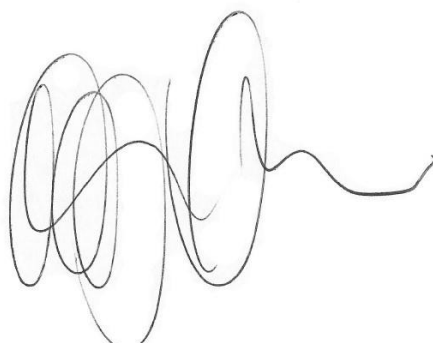
ésta providencia, (i) el capital ahorrado, (ii) los rendimientos obtenidos, (iii) los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio, que fueran cobrados a la actora desde el **1 de marzo de 1998** y hasta la fecha en que se trasladen los aportes a **COLPENSIONES** y (iv) los aportes efectuados al fondo de garantía de la pensión mínima.

Costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** Las agencias en favor de la demandante se fijan en **\$908.526**.

La anterior decisión se notifica por **ESTADOS**.

LOS MAGISTRADOS


CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

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

Que la presente providencia se notificó por estados
N° 114 del 1de julio de 2021.

consultable aquí:

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