



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Decisión No. 137

Medellín, diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022).

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, procede a proferir el fallo dentro de este proceso ordinario promovido por **JESÚS EMILIO GUIRAL AGUDELO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

A continuación, la Sala, previa deliberación del asunto, según consta en el Acta No. 037 de discusión de proyectos, adoptado por los integrantes de la sala, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE y JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES, quien actúa como magistrado ponente, se procede a proferir la decisión de segunda instancia en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

1.1 DE LOS HECHOS

Expone el demandante que estuvo afiliado al RPMPD administrado por el ISS donde cotizó 633 semanas, hasta que se trasladó en el año 1995 a PROTECCIÓN S.A. luego de que se le hablara de ventajas como la pensión anticipada y la posibilidad de heredar la pensión, sin que se le haya informado sobre las diferencias entre regímenes pensionales, ni las condiciones pensionales en cada uno, así como tampoco de las consecuencias de su traslado; que solicitó ante Protección S.A. la proyección

pensional, a lo que le dio respuesta el fondo indicando que su pensión sería equivalente al SMLMV mientras que en el RPMPD correspondería \$1'700.611; solicitando el traslado ante Colpensiones, siendo este rechazado.

1.2 DE LAS PRETENSIONES

Con base en los hechos expuestos solicita el demandante se declare la ineficacia del traslado efectuado al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A.; consecuentemente que se ordene su traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, con la totalidad de sus ahorros, incluyendo los rendimientos. Costas a cargo de las accionadas.

1.3 DE LA RESPUESTA

COLPENSIONES presentó oposición a lo pedido y para su defensa propuso las excepciones de: CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, SEGUROS PREVISIONALES, RENDIMIENTOS Y AHORROS VOLUNTARIOS DEBIDAMENTE INDEXADOS, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS, Y COMPENSACIÓN.

Por su parte el abogado de PROTECCIÓN S.A. presentó oposición a lo pedido y formuló las excepciones de: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, INNOMINADA O GENÉRICA.

1.4 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, el día 30 de agosto de 2021, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación del señor JESÚS EMILIO GUIRAL AGUDELO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A.; ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los valores que recibió con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones obligatorias, sumas de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, incluyendo las cuotas de administración y a COLPENSIONES a recibirlos; COSTAS a cargo de la accionada privada.

1.5 IMPUGNACIÓN

Presentó recurso de alzada la apoderada de PROTECCIÓN de manera parcial, frente al numeral segundo de la sentencia, solicitando sea revocado para lo cual argumento que las comisiones de administración son descuentos que se hacen con autorización de la ley y operan en ambos regímenes, que frente a los rendimientos financieros son producto precisamente de la buena gestión y por tanto le asiste derecho a su representada a conservar las comisiones como restitución mutua a su favor, entendiendo que la consecuencia del traslado es que las cosas vuelvan a su estado anterior como si el acto de traslado no hubiera existido, lo que implicaría que nunca se administraron los recursos y los rendimientos no se produjeron; manifestó igualmente que existe jurisprudencia del órgano de cierre así como pronunciamientos de la superintendencia financiera que apoyan estos argumentos. Así mismo, señaló que ordenar estos traslados constituye un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES por tratarse de dineros que no están encaminados a financiar la pensión de vejez.

Manifestó también su inconformidad frente a la devolución los seguros previsionales, señalando que no debe obligarse a su devolución en tanto son dineros que se encuentran en cabeza de un tercero que no tiene nada que ver con el acto de traslado y que cumplió con su deber de amparar en la invalidez y la sobrevivencia, por lo que su traslado resulta imposible. Concluyó que frente a las cuotas de administración opera la prescripción por tratarse de un concepto de tracto sucesivo, que se causó con el tiempo.

1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término oportuno anexó alegatos el apoderado de la parte demandante, quien solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, para lo cual argumento que existe jurisprudencia que respalda la decisión de la juez de primera instancia.

Presentó alegatos el apoderado de COLPENSIONES solicitando la no confirmación de la sentencia, expresando que le negativa de su representada para no recibir el demandante, corresponde a la prohibición legal de trasladarse de un régimen a otro, cuando falten menos de 10 años para la edad para pensionarse, sin que pueda predicarse que exista un vicio en el consentimiento porque el traslado se dio en cumplimiento de las disposiciones que para la fecha del mismo eran aplicables, siendo solo exigible el formulario de afiliación, por lo que no puede imponerse cargas adicionales a las administradoras, manifestando que frente a la carga de la prueba, correspondía al demandante probar el vicio en su consentimiento, por tratarse de una persona plenamente capaz lo cual no hizo, por lo que el acto de traslado se predica válido y vigente. Solicita entonces que se revoque la sentencia y no se acceda a las pretensiones.

2. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A., advirtiéndole que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el estudio del fallo recurrido se limitará a los puntos de inconformidad, así mismo, se hará un estudio de manera general por el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

2.1 PROBLEMA JURÍDICO.

Esta Sala se ocupará de analizar, si hay cabida a la declaratoria de la ineficacia del traslado del demandante JESÚS EMILIO GUIRAL AGUDELO al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, con el consecuente regreso al régimen de Prima media con Prestación Definida administrado por

COLPENSIONES, trasladando todos los valores que integran la cuenta de ahorro individual.

2.2 HECHOS PROBADOS

Que el señor JESÚS EMILIO GUIRAL AGUDELO nació el 01 de enero 1.969, como se colige del registro civil de nacimiento y de la fotocopia de la cédula de ciudadanía que reposan en el archivo (01DemandaPoderAnexos fls. 46 y 55); que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del ISS en noviembre de 1.981, como se aprecia en las historias laborales insertas (Expediente Administrativo GRP-SCH-HL-66554443332211_1972-20210428082104.pdf fls. 1 a 5) (01DemandaPoderAnexos.pdf fl. – 47 - 51); que el 25 de octubre de 1.995 suscribió formulario de afiliación en PROTECCIÓN S.A., fondo en que se encuentra afiliado en la actualidad (01DemandaPoderAnexos.pdf fl.20); reposa igualmente en el expediente formulario de re asesoría pensional del 01 de diciembre de 2010, junto con una proyección pensional realizada por PROTECCIÓN (14RespuestaProtección.pdf fl. 33 - 35); que el 01 de marzo de 2.021, el accionante presentó derecho de petición ante PROTECCIÓN solicitando su historia laboral, proyección de su mesada pensional, copia del formulario entre otra información y documentación (01DemandaPoderAnexos.pdf fl. - 13), requerimiento que fue resuelto por el fondo el día 16 de marzo de 2021 remitiendo copia de los documentos solicitados e indicando que su mesada en el RAIS sería de \$908.526, mientras que en el RPMPD correspondería a 1´700.611 (01DemandaPoderAnexos.pdf fl. – 14 - 19); que el día1 de marzo de 2021 presentó solicitud de traslado ante COLPENSIONES, siendo esta rechazada por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensionarse (01DemandaPoderAnexos.pdf fl. – 43 - 45).

2.3 MARCO NORMATIVO

Como el argumento esbozado por el demandante como fuente de su derecho es el de la indebida información, debemos señalar que a lo largo de los años se ha pronunciado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia sobre este particular, trayéndose a colación las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas; del 22 de noviembre de 2011, radicación 33.083, del 03 de septiembre de 2014, radicación 46.292, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y 03 de abril de

2019, radicación No. 68852, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, exponiéndose en esta última lo siguiente:

*"En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito." (CSJ SL12136-2014)."*

Así que PROTECCIÓN S.A., por contar con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, tenía la obligación de brindar una asesoría personalizada y completa, analizando las circunstancias particulares del caso, debiéndose informar al actor entre otras cosas, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual, el número de beneficiarios y la edad de los mismos; la posible redención del bono pensional; la densidad y constancia de los aportes; y que si no se completa el suficiente capital para obtener, por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo legal vigente, a la fecha de expedición de dicha ley actualizado con el IPC), debe seguir cotizando; la existencia de diferentes modalidades pensionales, como efectuar las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios futuros de ambas opciones y otras tantas observaciones indispensables para la ilustración debida del usuario, reiterándose que la labor del funcionario del fondo privado, al realizar el traslado, debe trascender al "DEBER DEL BUEN CONSEJO" como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, pues tratándose la función de las administradoras de pensiones privadas de un servicio público a luz del artículo 48 superior, y atendiendo a la sensibilidad social de su rol, se exige de estas un papel activo en la asesoría, mostrándole al afiliada en detalle las ventajas y desventajas del traslado, a fin de que dicha decisión sea realmente pensada, libre y voluntaria, siendo explicado en la línea de la jurisprudencia especializada, citándose la SL1688-2019 y SL2030-2019, que no basta la simple suscripción de un formulario, ni completar espacios vacíos, ni una simple expresión genérica de las condiciones pensionales, pues lo que se echa de menos es el no brindarse una información clara,

precisa, comprensible y específica para el caso particular de cada afiliado a fin de que conozca de la mejor manera posible su situación ante el sistema y de esa manera migre al RAIS con plena conciencia de las implicaciones de su decisión.

Y ese deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones es ineludible y se impone desde su creación, solo que sus parámetros e intensidad de exigencia dependen de la fecha en que se haya dado la afiliación, por lo que no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, sino que los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, prudencia y pericia, dentro de las cuales se debe entender: *la transparencia, vigilancia, y la información*. Esto, según lo ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas, sino también a las *que emanan de la naturaleza de la obligación*.

2.4 CASO EN CONCRETO

2.4.1 INEFICACIA DE AFILIACIÓN O TRASLADOS DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Así las cosas, el Fondo privado PROTECCIÓN S.A. tenía la carga de acreditarlo, lo que no hizo, pese a que para estos asuntos la carga de la prueba se invierte, dada la mejor posición para probar de las AFP del RAIS (SL 1452 de 2019), carga que no fue satisfecha por el fondo ya que ninguna prueba se arrimó para demostrarlo, pues tan solo se aportó el formulario de afiliación, con los que igualmente no puede entenderse que la afiliación al régimen de ahorro individual se dio en forma libre, espontánea y sin presiones, porque esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella implica.

Menos puede derivarse el cumplimiento de esa obligación del dicho del actor, pues más que implicar confesión que contraría sus intereses, corrobora el incumplimiento al deber de información debida que correspondía suministrar al Fondo Privado para proceder con el traslado del afiliado y luego en su permanencia en el mismo, pues era responsabilidad de estos tener plena certeza de que el nuevo afiliado hubiera recibido la información correcta y

de forma suficiente sobre las ventajas, desventajas y riesgos, teniendo en cuenta lo que implicaba quedarse en este régimen frente a sus derechos pensionales, lo que no puede darse por hecho con la sola firma del formulario donde ninguna advertencia frente a su caso específico puede ser advertido y de los que no se derivan ni siquiera una información generalizada suministrada, lo que da por hecho la omisión de PROTECCIÓN S.A., fondo que más allá de captar afiliados, ningún interés demostraron frente a lograr una afiliación debidamente informada para promover la validez del acto.

Conforme a lo dicho, la Sala concluye que el fondo al suministrar al actor la información errónea u omitir la relevante, lo indujo a tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual, por lo que resulta acertada la declaratoria de la ineficacia de la vinculación al RAIS, debiéndose confirmar en este punto la decisión.

La anterior declaración de la ineficacia del traslado, da lugar al regreso automático del actor al régimen de prima media con prestación definida, retrotrayendo la situación al estado de cosas iniciales, siendo dable afirmar que la afiliación del señor Guiral Agudelo a COLPENSIONES nunca tuvo solución de continuidad.

Acorde con ello, al ser COLPENSIONES la administradora de pensiones que eventualmente tendrá a su cargo el reconocimiento de las prestaciones que puedan causarse en favor del accionante, se tiene que la orden impartida en lo que atañe a recibir todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a la que pudiera tener derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida; debiendo precisarse que el traslado debe incluir todos los valores recibidos por PROTECCIÓN S.A., con motivo de la afiliación del demandante, como: Cotizaciones, descuentos de la garantía de pensión mínima, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos sin deducción alguna, acorde a lo que dispone el artículo 1746 del Código Civil, debiendo adicionar este punto.

Ahora en lo que corresponde a la indexación de las condenas, tenemos que este tema no fue analizado por la juez de primera instancia, sin embargo,

esta Corporación ciñéndose a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, procede de oficio a ordenar la indexación de los descuentos de la garantía de pensión mínima, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deben ser devueltos debidamente indexados a favor de COLPENSIONES y a cargo de los recursos propios del fondo privado. Al respecto traemos a colación la sentencia SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, en la que se señala:

"... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

En consecuencia, al resolver la consulta a favor de COLPENSIONES habrá de adicionarse el numeral primero del fallo del a quo, en el sentido de que PROTECCIÓN S.A. deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos..."

Y es que la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), y de tal modo, las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, se ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2877-2020, SL3199-2021, SL 4652-2021).

Con ello, se busca no afectar financieramente el régimen de prima media con prestación definida, además de que la H. Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación Laboral ha dispuesto que *"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.”(SL4426-2021) (Negrilla de Sala), argumentos que conllevar a desestimar el recurso de la apelante y a confirmar en este punto la sentencia apelada, debiendo precisarse que las primas de seguros previsionales y los descuentos por cuotas de administración, también deben ser devueltas con cargo a los propios recursos de la AFP privada, pues aun cuando fueron entregados a terceros que los recibieron de buena fe y en el período de afiliación el demandante estuvo cubierta para los riesgos de invalidez y muerte, no son las aseguradoras quienes asumen su reconocimiento por ser claramente terceros ajenos al acto viciado, sino que ello recae en la AFP que incurrió en la omisión y se abstuvo de dar cumplimiento a sus deberes de información frente a los afiliados.*

2.4.2 EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, por lo cual se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y revisada en consulta, se adicionará y confirmará parcialmente.

Costas de segunda instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante. Se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1´000.000.

3. FALLO DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,


PRIMERO: Se **ADICIONA** el numeral **SEGUNDO ORDENANDO** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, devolver a COLPENSIONES los rendimientos, además del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia apelada y revisada en el grado jurisdiccional de consulta.

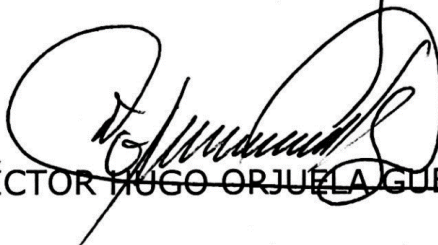
TERCERO: COSTAS de segunda instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante. Se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1'000.000.

Lo decidido se notifica por EDICTO.

Los Magistrados,



JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE