



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Decisión No. 156

Medellín, quince (15) de julio 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 **CLAUDIA CECILIA GUIRALES VILLA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Radicado N° 05001-31-05-017-2021-00104-01.**

Se reconoce personería a la doctora LINA MABEL HERNÁNDEZ OSORIO con tarjeta profesional No. 300.515 del Consejo Superior de la Judicatura, para representar los intereses de COLPENSIONES.

A continuación, la Sala, previa deliberación del asunto, según consta en el Acta No. 042 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

Manifestó la demandante que nació el 11 de junio de 1967; que en el mes de enero de 1988 inició sus cotizaciones en el régimen de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES; que en junio de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por Protección S.A., aclarando que en el mes de abril de 1997 estuvo afiliada nuevamente a COLPENSIONES; que el día 14 de diciembre de 2020 radicó una reclamación administrativa ante la AFP Protección S.A., solicitando las pruebas de la asesoría inicial y reasesoría, un reporte de cotizaciones de todo el tiempo de afiliación, una proyección de las mesadas pensionales y la solicitud de traslado con destino al régimen de prima media, de la cual recibió respuesta, en ese mismo mes y año, anexándose en ella, documento de reasesoría, una proyección pensional, copia de la historia laboral y formulario de afiliación, además, se le negó el traslado de régimen, argumentando que se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que el 7 de enero de 2021, radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando su afiliación, de la cual recibió respuesta negativa el mismo día.

1.2 DE LAS PRETENSIONES

Con base en los hechos expuestos solicita se declare la nulidad del traslado efectuado a la AFP Protección S.A.; que se condene a Protección S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos y cada uno de los aportes que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración; que se condene a COLPENSIONES a tener como válida, vigente y continua su afiliación al régimen de prima media con prestación definida; las costas procesales y agencias en derecho.

1.3 DE LA RESPUESTA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como medios exceptivos: IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN REALIZADO POR EL DEMANDANTE; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA;

PRESCRIPCIÓN, BUENA FE COLPENSIONES; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS; y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

PROTECCIÓN S.A., a través de su apoderada judicial se opuso a las pretensiones, formulando como excepciones de mérito las siguientes: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y 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 LA PRIMA DE SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHO DE TERCEROS DE BUENA FE; y la INNOMINADA O GENÉRICA.

1.4 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en sentencia del 13 de julio de 2021, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación de la señora CLAUDIA CECILIA GUIRALES VILLA, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A.; CONDENÓ a Protección S.A., a trasladar con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto el capital, sus rendimientos, y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima; ORDENÓ a COLPENSIONES, a proceder con el recibo de esos dineros, reflejarlos como semanas cotizadas en la historia laboral de la demandante, y reactivar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida; DECLARÓ no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas; y condenó en costas a Protección S.A. y a favor de la demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000

1.5 IMPUGNACIÓN

Interpuso recurso de apelación el apoderado de COLPENSIONES, frente al numeral segundo de la sentencia, poniendo de presente los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en los se ha establecido en casos similares, que se debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, obligando también a la devolución de los gastos de administración y comisiones, con cargo a sus propias utilidades, porque esos recursos debieron permanecer en el régimen de prima media, referenciando para ello las sentencias 1688, 3989, SL- 4964 de 2018, la SL-1688, SL-1421 y la SL-363464 de 2019; resalta que lo anterior es necesario, teniendo en cuenta que fue el fondo de pensiones es el que se benefició al captar esos recursos durante un periodo prolongado de tiempo, y más, cuando es COLPENSIONES quien finalmente reconoce la prestación, la que para el caso concreto se trata de pensión alta, y por tal motivo su representada requiere todos esos recursos para su eventual financiamiento.

Por ser la sentencia totalmente adversa a los intereses de COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en su favor, como lo dispone el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término oportuno, COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, solicitando sea modificada la sentencia, poniendo de presente lo establecido en la circular 019 de 1998 de la Superintendencia Financiera de Colombia, respecto a la expresión de la voluntad del afiliado mediante el diligenciamiento del formulario de afiliación ante el empleador o ante la nueva administradora, conforme a lo establecido en el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993; resalta que el documento suscrito por la parte demandante para su traslado, obedeció a la decisión de una persona plenamente capaz en ejercicio de su voluntad y del derecho a la libre elección consagrado en el artículo 2 de la ley 100 de 1993; pone de presente, la prohibición legal existente en la que se encuentra inmersa la actora, por faltarle menos de 10 años para la edad de pensión, según lo establece el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; e hizo alusión al principio de sostenibilidad financiera del sistema general de seguridad social en

pensiones, destacando que la parte demandante está cercana al cumplimiento de la edad para pensionarse, lo que llevará a que con los recursos limitados del sistema se entre cubrir los derechos pensionales de la demandante, aun cuando sus cotizaciones fueron realizadas al RAIS y no ayudaron a COLPENSIONES para el sostenimiento de las pensiones del régimen de prima media. Solicita en caso de ser desfavorable la sentencia para su representada, se de aplicación a lo dispuesto en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, rad. 31989 de 2008, SL17595-2017, SL4989-2018 y SL1421-2019, rad. 56174) ordenando a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir: i) Recursos cuenta de ahorro individual, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v) Porcentajes destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, y de manera indexada.

3. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, advirtiendo 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 analizará de manera general por el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad.

3.1 PROBLEMA JURÍDICO.

Se circunscribe en determinar si hay lugar a la declaratoria de la ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con el consecuente regreso al Régimen de Prima media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, así como las consecuencias de dicha declaratoria.

Para resolver lo anterior, haremos alusión a los hechos probados, a la ineficacia del traslado, los valores a trasladar en caso de ser procedente la ineficacia y la excepción de prescripción.

3.2 HECHOS PROBADOS.

Se encuentra acreditado en el proceso que la señora CLAUDIA CECILIA GUIRALES VILLA nació el 11 de junio de 1967, como se puede evidenciar en la copia de su cédula de ciudadanía (01. Demanda Unificada.pdf pág. 33); que se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 07 de julio de 1988, como se desprende de la historia laboral de COLPENSIONES (06. Contestación Colpensiones Expediente.pdf págs. 20 a la 24); que el 9 de abril de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A., suscribiendo formulario de afiliación (01. Demanda Unificada.pdf pág. 60); acreditando para el 27 de abril de 2021, un total de 1.098,57 semanas cotizadas, como se reporta en la historia laboral de la AFP Protección S.A. (07ContestaciónProtección.pdf págs. 47 a 48); que el 14 de diciembre de 2020, radicó un derecho de petición ante Protección S.A., solicitando, información en torno a la asesoría inicial, copia del formulario de afiliación, la elaboración de un simulador pensional y autorización para trasladarse al régimen de prima media (01. Demanda Unificada.pdf. págs. 35 a 39), el cual fue respondido el 29 de diciembre de la misma anualidad, remitiendo copia del formulario de afiliación, realizándole una proyección pensional en la que se le indica que a los 57 años en COLPENSIONES se le entregaría la indemnización sustitutiva y en el RAIS su mesada pensional sería de \$877.803, y negándole la solicitud de traslado de régimen pensional, al faltarle menos de 10 años para pensionarse (01. Demanda Unificada.pdf págs. 40 a 45); que presentó una reclamación administrativa ante COLPENSIONES, el 07 de enero de 2021, solicitando la autorización para trasladarse (01. Demanda Unificada.pdf págs. 61 a 64 / 06. Respuesta Colpensiones Expediente.pdf págs. 25 a 30), y en la misma fecha su petición fue negada (01. Demanda Unificada.pdf. págs. 65 / 06. Respuesta Colpensiones Expediente.pdf pág. 34).

3.3 INEFICACIA DE AFILIACIÓN O TRASLADOS DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Como el argumento esbozado por la demandante para el reclamo 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)."*

De lo anterior se desprende que es el fondo donde se pretende trasladar el afiliado dentro del sistema pensional, quien tiene la obligación de brindar una asesoría personalizada y completa, por contar con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, analizando las circunstancias particulares del caso, debiendo informar al interesado 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 afiliado 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, sentencias 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.

Deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones, que 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*.

En el presente asunto, si bien el fondo privado que intervino en el acto de afiliación, Protección S.A., afirmó que a la demandante se le brindó la asesoría requerida, de acuerdo con la jurisprudencia reseñada, tenía la carga de acreditarlo, pues en estos asuntos la carga de la prueba se invierte (SL 1452 de 2019, SL2601-2021 y SL202-2022), sin embargo, ninguna prueba se arrimó para demostrarlo diferente al formulario de afiliación, del cual no puede desprenderse que la vinculación de la actora 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 entraña, circunstancia de la que de igual manera, da cuenta el interrogatorio de parte de la demandante, del que es posible determinar, que la AFP no le brindó en debida forma la información del traslado.

Conforme a lo dicho, la Sala concluye que el fondo al suministrar la información errónea u omitir la relevante a la demandante, la indujo a trasladarse al régimen de ahorro individual, debiéndose predicar la ineficacia de dicha vinculación, tal y como lo determinó la juez de instancia, lo que nos lleva a confirmar la decisión en este punto.

3.4 CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA Y VALORES A TRASLADAR

La anterior declaración de la ineficacia del traslado, da lugar al regreso automático de la actora al régimen de prima media con prestación definida, retrotrayendo la situación al estado de cosas iniciales, siendo dable afirmar que la afiliación de la señora Claudia Cecilia Guirales Villa al Régimen Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por 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 de la accionante, se tiene que la orden impartida debe incluir todos los valores recibidos por PORVENIR S.A., con motivo del traslado del demandante, como: Cotizaciones, descuentos de la garantía de pensión mínima, cuotas de administración, descuentos para las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los rendimientos sin deducción alguna, acorde a lo que dispone el artículo 1746 del Código Civil, y la sentencia del 09 de septiembre de 2008, radicación 31.989; debiéndose en consecuencia adicionar el fallo, por los rubros dejados de reconocer.

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 y las primas de seguros previsionales, pues aun cuando fueron entregados a terceros que los recibieron de buena fe y en el período de afiliación la 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 (CSJ SL2877-2020, SL3199-2021, SL 4652-2021 y SL4426-2021).

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, la Sala recoge su postura anterior, para ceñirse a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, procediendo de oficio a ordenar que los valores trasladados por concepto de descuentos de la garantía de pensión mínima, cuotas de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, deberán ser indexados al momento del traslado y con cargo de los recursos propios del fondo privado. Al respecto traemos a colación las sentencias SL 359-2021 y SL 950 de 2022, en la que en esta última, se señaló:

"... 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 de la 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..."

3.5 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 de los requisitos y el valor de la pensión, debiendo predicarse la imprescriptibilidad de la presente acción, así como de cualquier rubro que se hubiere descontado de la cotización de la actora mientras duro su afiliación en el RAIS, por cuanto el traslado debe ser completo como se ordenó (Sentencia SL-1421 de 2019, SL-4609 de 2021).

Bajo las anteriores consideraciones, se confirmará parcialmente la providencia revisada en apelación y consulta, adicionándose el numeral segundo, en el sentido de ordenar a Protección S.A. trasladar también los cuotas de administración y los descuentos para las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así mismo, se dispondrá que, el traslado de los valores por cuotas de administración, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, deberán ser indexados al momento del pago.

Sin costas de segunda instancia.

4. 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, resuelve:

PRIMERO: Se **ADICIONA** el numeral **SEGUNDO, ORDENANDO** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar también a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** las cuotas de administración y los descuentos para las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia; así mismo, se **ORDENA** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** que los valores por concepto de cuotas de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los descuentos para el fondo de garantía pensión mínima,

deberán ser indexados al momento del traslado y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: En lo demás se **CONFIRMAR** la sentencia.

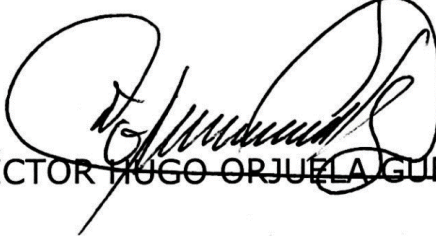
TERCERO: Sin costas de segunda instancia.

Lo decidido se notifica por EDICTO.

Los Magistrados,



JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE