



## **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

Decisión No. 166

Medellín, diecinueve (19) de julio de dos mil veintidós (2022).

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, *"Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y 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 y se dictan otras disposiciones"*, promovido por **JAIRO EDUARDO GRANADOS DURAN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** Radicado N° 05001-31-05-009-2020-00374 00.

Se reconoce personería a la doctora ANA MARIA NUÑEZ OCHOA con tarjeta profesional No. 133.395 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. 043 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 se afilió al ISS en 1.970 donde cotizó hasta 1.998, fecha en la que se efectuó traslado al RAIS, laborando durante los años 2004 a 2016 en la República de Ecuador, tiempos que no le fueron cotizados; que cuando regreso al país le fue informado por COLPENSIONES de su traslado al RAIS por lo que interpuso acción de tutela solicitando su retorno al RPMPD la cual fue concedida en primera instancia y revocada en segunda; contó además que en septiembre de 2.019 solicitó su pensión de vejez ante COLPENSIONES la cual negó la petición por falta de competencia remitiendo la solicitud a Protección S.A., quien manifestó que su pensión equivaldría a un salario mínimo; igualmente manifestó que cumple con los requisitos para acceder al régimen de transición. Finalizó indicando que en ningún momento le fue proporcionada por el fondo privado la asesoría adecuada sobre su traslado, ni de la posibilidad de retorno en los términos de ley.

### **1.2 DE LAS PRETENSIONES**

Con base en los hechos expuestos solicita el demandante se declare la ineficacia o la nulidad del traslado efectuado al RAIS, y que, como consecuencia de ello, se ordene su regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES; que se ordene a PROTECCIÓN S.A. la devolución de todos los valores tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de la aseguradora, comisiones con sus respectivos frutos e intereses y rendimientos; se ordene a COLPENSIONES aceptarlo de regreso en el RPMPD. Costas a cargo de las demandadas.

### **1.3 DE LA RESPUESTA**

COLPENSIONES presentó oposición a lo pedido y para su defensa propuso las excepciones de: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, COSA JUZGADA, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL, PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN, EQUIVALENCIA DEL AHORRO O DIFERENCIAS

PENSIONALES, BUENA FE DE COLPENSIONES, EXCEPCIÓN INNOMINADA, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

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, PRESCRIPCIÓN, FALTA DE JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS COMO REQUISITO PROCESAL, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL 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, INNOMINADA O GENÉRICA.

#### **1.4 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

EL JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, el día 22 de septiembre de 2021, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación del señor JAIME EDUARDO GRANADOS DURAN al régimen de ahorro individual con solidaridad; ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar las cotizaciones, bonos pensionales, con las cuotas de administración, comisiones, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, cuotas de seguros previsionales, rendimientos; ORDENO a COLPENSIONES aceptar al demandante y reactivar la afiliación al RPMPD y recibir los valores a trasladar. COSTAS a cargo de la accionada privada.

#### **1.5 IMPUGNACIÓN**

Interpuso recurso de alzada el apoderado de PROTECCIÓN de manera parcial frente a la condena a trasladar los gastos de administración a COLPENSIONES, para lo cual señalo que dichos descuentos fueron realizados en razón de una disposición legal y que es aplicable para ambos regímenes, que se trata de unos descuentos que corresponden a la buena administración realizada por la AFP lo cual genero unos rendimientos y por tanto está en su derecho de conservarlos; igualmente manifestó que con la devolución de

esos dineros se estaría generando un detrimento al patrimonio de Protección y un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES y del accionante.

## **1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término oportuno anexó alegatos la apoderada de COLPENSIONES en el cual expuso que la entidad es un tercero ajeno al acto de traslado, y aun así en ella recaen las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, al ser quien debe asumir las prestaciones que se generen en favor del actor, por lo que solicita no sea acogido el recurso del apoderado de la codemandada Protección S.A. por encontrarse que se deben trasladar todos los valores ordenados por el A quo, en pro de la sostenibilidad del sistema, solicitando que de confirmarse la sentencia se ordene devolver los valores debidamente indexados.

## **2. CONSIDERACIONES**

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A., 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 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 o la nulidad del traslado del demandante JAIRO EDUARDO GRANADOS DURAN 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 JAIRO EDUARDO GRANADOS DURAN nació el 14 de septiembre de 1.952, como se colige de la fotocopia de la cédula de ciudadanía que

reposa en el archivo (04Anexos de la demanda ); que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del ISS en septiembre de 1.970, como se aprecia en las historias laborales insertas (04Anexos de la demanda); que el 17 de septiembre de 1.999 suscribió formulario de afiliación con COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. fondo en que se encuentra afiliado en la actualidad (21ContestaciónProtección fls. 47 y 60); que interpuso acción de tutela en busca de ser trasladado al RPMPD, dándole repuesta en primera instancia el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, el 15 de diciembre de 2.017, tutelando sus derechos y ordenando a COLPENSIONES autorizar el traslado de régimen, decisión que fue revocada en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín (04Anexos de la demanda); también encontramos en la foliatura que el actor el día 02 de abril 2.019, elevó derecho de petición ante el Ministerio de Trabajo, en aras de que le fuera reconocido el tiempo laborado y cotizado en la República de Ecuador, para completar el tiempo para acceder a la pensión de vejez, para lo cual adjunto el reporte de cotizaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (04Anexos de la demanda); que solicitó ante COLPENSIONES la prestación de vejez, pensión que le fue negada mediante resolución SUB8580 del 14 de enero de 2.020 , con el argumento de que no era la entidad competente y ordenó remitir a Protección S.A. la solicitud, entidad que sería la competente para resolver el requerimiento (04Anexos de la demanda); que el 28 de febrero de 2.020 presentó derecho de petición ante PROTECCIÓN S.A. solicitando proyección pensional, copia de su formulario de afiliación, así como su retorno al RPMPD, dando respuesta la entidad el 12 de marzo del mismo año remitiendo alguna de la documentación requerida y rechazando la solicitud de traslado por no cumplir con los requisitos normativos para ello (04Anexos de la demanda, 21ContestaciónProtección fls. 85 - 88); que posteriormente el 19 de octubre de 2.020 presentó solicitud de traslado ante COLPENSIONES, la cual fue negada por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensionarse (04Anexos de la demanda, Exp. Admi GAF-FAF-AF-2020\_10522850).

### **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 ofrece, 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 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, 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 el 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 demostró 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 indujeron 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 Granados Duran 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, tal y como dispuso el juez de instancia.

Ahora en lo que corresponde a la indexación de las condenas, tenemos que este tema no fue analizado por el 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 conllevan a desestimar el recurso del apelante y a adicionar 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, a cargo de la accionada.

### 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, resuelve:

**PRIMERO:** SE **ADICIONA** el numeral **CUARTO, ORDENANDO** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, devolver a COLPENSIONES los descuentos de la garantía de pensión mínima, cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora 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 PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante. Se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1'000.000, a cargo de la accionada.

Lo decidido se notifica por EDICTO.

Los Magistrados,



JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE