



## **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

Decisión No. 170

Medellín, veintisiete (27) 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 **NORA ELENA JIMÉNEZ GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** Radicado N° 05001-31-05-016-2019-00530 01.

A continuación, la Sala, previa deliberación del asunto, según consta en el Acta No. 045 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 la demandante que estuvo afiliada al RPMPD administrado por el ISS desde el año 1.986, hasta el año 1.995 fecha en la que se trasladó al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., sin que al momento del traslado se le haya suministrado una asesoría clara sobre las diferencias entre ambos regímenes, con sus respectivas ventajas y desventajas, ni de las condiciones pensionales en cada uno; que se le brindó una asesoría por parte del fondo privado en el año 2.010 donde se le hablo de los riesgos de trasladarse al RPMPD decidiendo continuar en el fondo privado; que presentó derecho de petición ante Protección S.A. en el año 2.019 solicitando información referente a su situación pensional dando respuesta el fondo señalando una proyección de su mesada pensional entre otra información requerida; que solicitó el traslado a COLPENSIONES, requerimiento que le fue negada.

## **1.2 DE LAS PRETENSIONES**

Con base en los hechos expuestos solicita la demandante se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS, se ordene la reactivación de su afiliación al RPMPD, se ordene el traslado de la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, frutos e intereses y cuotas de administración y a Colpensiones a recibir los valores. Costas del proceso.

## **1.3 DE LA RESPUESTA**

COLPENSIONES presentó oposición a lo pedido y para su defensa propuso las excepciones de: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, IMPOSIBILIDAD JURÍDICA PARA CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, INNOMINADA, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

Por su parte la abogada 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, 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, INNOMINADA O GENÉRICA.

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

EL JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, el día 22 de julio de 2021, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación de la señora NORA ELENA JIMÉNEZ GÓMEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A.; ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la demandante a COLPENSIONES y a trasladar los valores que recibió con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, sumas adicionales por frutos e interés sin descuento alguno por gastos de administración y a COLPENSIONES a recibirlos; COSTAS a cargo de la accionada privada.

#### **1.5 IMPUGNACIÓN**

Presento recurso de alzada la apoderada de PROTECCIÓN S.A. de manera parcial frente a la orden a trasladar lo correspondiente a gastos de administración y seguros previsionales por considerar que no corresponde esta condena con las consecuencias de declarar una ineficacia, pues con la declaratoria de la ineficacia se presentan dos posturas, una de acuerdo con la cual se tiene que la afiliación al RAIS nunca existió y por tanto no se generarían rendimientos por lo que solo se debería trasladar a Colpensiones las cotizaciones sin descuentos por administración, u otro escenario de acuerdo con el cual se considera que la demandante estuvo afiliada sin solución de continuidad en el RPMPD por lo que el mismo descuento se hubiera generado en Colpensiones por lo que ordenar el traslado de estos valores a Colpensiones implicaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.

Por su parte la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia por atentar la declaratoria de ineficacia contra las disposiciones legales que

consagran de manera expresa una prohibición de trasladarse cuando faltaren menos de 10 años de la edad para pensionarse.

## **1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término oportuno anexó alegatos la apoderada de COLPENSIONES, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, para lo cual reitero lo expuesto en la sustentación del recurso de apelación.

## **2. CONSIDERACIONES**

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A. y 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 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 de la demandante NORA ELENA JIMÉNEZ GÓMEZ 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 la señora Nora Elena Jiménez Gómez nació el 23 de marzo de 1.963, como se colige de la fotocopia de la cédula de ciudadanía que reposa en el archivo (0500131050162019005300– fls. 14); que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del ISS en marzo de 1.986, como se aprecia en la historia laboral inserta (0500131050162019005300– fls. 16 - 17); que el 30 de junio de 1.995 suscribió formulario de afiliación en PROTECCIÓN S.A., fondo en que se encuentra afiliada en la actualidad (0500131050162019005300– fls. 18,

20 - 40, 116, 134 - 150); que elevó derecho de petición solicitando simulación pensional y algunos documentos que estaban en poder del fondo, dándole respuesta la administradora en comunicación del 27 de junio de 2.019, indicando que su mesada pensional en el RAIS a los 59 años sería de \$899.427; mientras que a los 57 años en COLPENSIONES oscilaría en \$2'455.318 entre otras proyecciones (0500131050162019005300- fls. 41 - 47); que el 05 de agosto de 2.019, la accionante presentó solicitud de traslado ante COLPENSIONES, siendo esta rechazada por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensionarse (0500131050162019005300- fls. 48).

### **2.3 MARCO NORMATIVO**

Como el argumento esbozado por la 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 a la actora 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 a la 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 arrió 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 de la actora, 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 de la afiliada y luego en su permanencia en el mismo, pues era responsabilidad de estos tener plena certeza de que la nueva afiliada 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 a la actora la información errónea u omitir la relevante, la 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 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 Jiménez Gómez 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 de la 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 la 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, debiéndose adicionar este punto.

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 los recursos de los apelantes 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 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.

#### **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 COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante. Se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1´000.000, a cargo de cada una de las accionadas.

### **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 **TERCERO, ORDENANDO** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los rendimientos, además de los gastos de administración, 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.

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

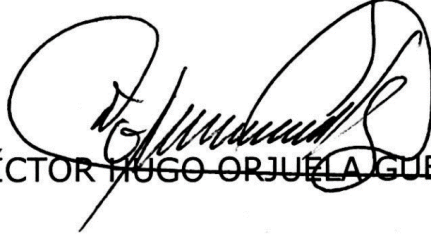
**TERCERO:** COSTAS de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante. Se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1'000.000, a cargo de cada una de las accionadas.

Lo anterior se notificará por edicto.

Los Magistrados,



JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE