



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Decisión No. 169

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 **GERMAN ANTONIO SÁNCHEZ VITOLA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** Radicado N° 05001-31-05-003-2019-00193 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 el demandante que nació el 12 de febrero de 1.960; que se afilió al ISS en el año 1.982 donde permaneció hasta el año 2.000 cuando se trasladó al RAIS, sin que al momento del traslado le fuera brindada una asesoría adecuada sobre las consecuencias de su afiliación en el fondo privado, así como tampoco se le brindó una re asesoría antes de cumplir los 52 años; que en año 2.018 presentó derechos de petición ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. solicitando la ineficacia y anulación de su afiliación al RAIS recibiendo respuesta negativa de ambas entidades.

1.2 DE LAS PRETENSIONES

Con base en los hechos expuestos solicita el demandante que se declare ineficaz o nulo el traslado del RPMPD al RAIS, como consecuencia se declare que se encuentra afiliado a COLPENSIONES; que se ordene trasladar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y sin ningún tipo de deducción, lo que resulte probado ultra y extra petita y 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, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, BUENA FE, INNOMINADA.

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, INNOMINADA O GENÉRICA.

1.4 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, el 09 de agosto de 2021, 1 DECLARO que la AFP PROTECCIÓN S.A. faltó a su

obligación de diligencia debida de buen consejo, hacía German Antonio Sánchez Vitola al no darle información y asesoría adecuada al momento del traslado del RPM al RAIS ni a lo largo de dicha afiliación, 2. DECLARÓ que la AFP PROTECCIÓN S.A al no cumplir con su obligación de diligencia debida de buen consejo, le causo grave perjuicio económico en su acceso real y efectivo a la seguridad social al demandante, 3. DECLARO la responsabilidad profesional y constitucional de PROTECCIÓN S.A, 4. DECLARÓ la inaplicación constitucional de pérdida del régimen de prima media cuando se trasladó RPMPD al RAIS y por tanto sigue inmersa RPMPD, 5. ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de las pretensiones en su contra, 6. ORDENÓ a la AFP PROTECCIÓN S.A. que dentro del mes siguiente a la solicitud por escrito una vez cumplidos los requisitos se le reconozca, liquide y pague pensión de vejez de acuerdo a los parámetro del RPMPD, 7. ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A., que dentro del mes siguiente al reconocimiento de la prestación, solicite por escrito a COLPENSIONES liquidar el cálculo de la pensión con miras de subrogación a favor del demandante, COLPENSIONES dentro de los 2 meses a la solicitud de subrogación pensional debe emitir cálculo actuarial, 8. ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a pagar la pensión hasta tanto no pague real y efectivamente el cálculo actuarial, 9. Autorizó a PROTECCIÓN S.A. enjugar parte del cálculo con los dineros de la cuenta ahorro individual, 10. DECLARO que no prosperan los excepciones propuestas por PROTECCIÓN S.A. 11. Costas a cargo de la accionada privada.

1.5 IMPUGNACIÓN

Interpuso recurso de alzada la apoderada judicial de PROTECCIÓN en contra la de totalidad de la sentencia para lo cual argumento que en el sistema de pensiones existen dos regímenes pensionales que son diferentes y excluyentes entre sí, por lo cual existe el derecho a la libre elección del afiliado. Igualmente señala que, el deber de información ha existido siempre desde la creación de los fondos privados del RAIS, señalando el progreso normativo a lo largo de los años y las imposiciones que con estas se han impuesto a los fondos privados tales como, el de la asesoría, el buen consejo y la doble asesoría; manifiesta que igualmente la decisión apelada sobrepasa la consecuencias normativas y jurisprudenciales para la declaratoria de ineficacia, al ordenar reconocer una pensión de vejez bajo los parámetros del RPM y posteriormente una

subrogación de ésta por parte de Colpensiones, pasándole la misma a título pensional siendo la decisión una clara violación al principio de congruencia al imponer cargas a título de responsabilidad profesional o de perjuicios que no fue pretendida.

Por otro lado, la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, solicitando sea modificada la sentencia de instancia argumentado que pese a que se absolvió a la entidad, termina siendo esta la que debe asumir con las consecuencias de declarar la ineficacia, por lo que solicita se tenga presente la prohibición normativa de trasladarse a menos de 10 años de la edad para pensionarse, poniendo de presente el principio de sostenibilidad financiera, señalando jurisprudencia al respecto de acuerdo con la cual existen excepciones a esta prohibición de las cuales ninguna es aplicable para el presente caso, por lo que acceder a la ineficacia atentaría contra principios constitucionales de la sostenibilidad financiera y la equidad.

1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término oportuno apporto alegatos la apoderada de COLPENSIONES reiterando los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de alzada.

2. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y 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

Consiste en determinar, si procede la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de ello, la reactivación en el régimen de prima media

con prestación definida como fue pretendido en la demanda, definiéndose en caso afirmativo, lo relativo al traslado de saldos, o si por el contrario razón le asiste al juez de instancia en la decisión adoptada, esto es conceder la pensión a cargo de la AFP con subrogación en COLPENSIONES luego de cancelarse el cálculo actuarial.

2.2 HECHOS PROBADOS.

Se tiene probado en el proceso que el señor German Antonio Sánchez Vitola nació el 12 de febrero de 1.960, como se colige de la fotocopia de la cédula de ciudadanía que reposa en el archivo (02ExpedienteDigital- fls. 13); que se afilió al Régimen de Prima Media con prestación definida a través del ISS a partir de enero de 1.982, como se aprecia en las historias laborales insertas (02ExpedienteDigital- fls. 14 – 19, 65 - 71); que el 01 de septiembre de 2.000 suscribió formulario de afiliación en el régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN S.A., fondo en que se encuentra afiliado en la actualidad (02ExpedienteDigitalizado- fls. 124, 26 – 34, 140 – 149, 184); que el 24 de octubre de 2.018, presentó derecho de petición ante PROTECCIÓN S.A. en el cual solicitó que se autorizará su traslado de régimen pensional al RPMPD administrado por COLPENSIONES, así como alguna documentación referente a su situación pensional, dando respuesta la AFP el 09 de noviembre de 2.018, señalando que de acuerdo con la normativa vigente no es procedente el traslado, suministrándole la demás información requerida (02ExpedienteDigital- fls. 21-35); posteriormente el 27 de noviembre de 2.018, el actor presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando igualmente el traslado de régimen obteniendo respuesta negativa de la entidad, por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensionarse (02ExpedienteDigital- fls. 20).

2.3 MARCO NORMATIVO

Tal y como fue solicitado en el libelo genitor, esta prestación se analizará bajo la óptica de la ineficacia de la afiliación, toda vez que ha sido explicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias SL12136 de 2014, SL4989-2018; SL1421-2019, SL1688-2019, SL 1689-2019 y SL 3464-2019, que la sanción

impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación a régimen pensional desinformada, o el traslado entre regímenes bajo el mismo supuesto, es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto, debiéndose dejar por sentado que dicho órgano de cierre ha considerado que aparte de constar por escrito, tal acto debe estar precedido de la debida información al afiliado sobre las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, así como las consecuencias jurídicas de la decisión en cada caso particular, información que se debe brindar al usuario en un lenguaje claro, simple y comprensible y debe ser, además objetiva y transparente, ello en atención a la exigencia de libertad y voluntariedad en la elección de régimen pensional prevista en el literal b) del artículo 13 y artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber que ha tenido una evolución legislativa, pues inicialmente fue regulado como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994, en la Ley 795 de 2003; posteriormente adicionada la asesoría ó buen consejo entre 2009, Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010 y 2014 y por último, con inclusión de la doble asesoría desde el año 2014, Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

Respecto de la omisión en la información por parte de los fondos administradores de pensiones, traemos a colación la sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, radicación 46.292, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello, exponiéndose lo siguiente:

"Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino

además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia. (...)” (Subraya y resalta fuera del texto).

2.4 CASO CONCRETO

2.4.1 INEFICACIA DE AFILIACIÓN O TRASLADOS DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Así que, la AFP PROTECCIÓN S.A. entidad a la cual se trasladó el accionante en el Régimen de Ahorro Individual, tenía la obligación de brindarle al demandante una asesoría personalizada y completa, debiéndole informar 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), deberán seguir cotizando; que existen diferentes modalidades pensionales, así como efectuarles las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios futuros en ambas opciones y otras tantas observaciones; reiterándose que la labor del funcionario del fondo debe trascender al “DEBER DEL BUEN CONSEJO” como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, pues al ser la función de las administradoras de pensiones privadas 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 especializada¹, 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

¹ Sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral SL1688-2019 y SL2030-2019

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.

Lo anterior se traduce en un traslado de la carga de la prueba del afiliado a la administradora de pensiones, como se indica en las sentencias reseñadas, porque son los fondos quienes cuentan con los medios técnicos y los conocimientos de los servicios que ofrecen.

Así mismo, debe precisarse que, la circunstancia de haberse permanecido el demandante a lo largo de los años en el fondo privado, no puede tenerse como indicativo del conocimiento informado del régimen pensional que pudiera atribuírsele al afiliado o de la información que recibió de parte de las AFP, pues lo que se discute no es permanencia de la afiliado en el RAIS, sino del traslado de régimen pensional, que es lo que tiene incidencia prestacional y restricciones para la movilidad, lo que no ocurre con los traslados dentro del régimen de ahorro individual, porque el afiliado(a) se puede cambiar de administradora indefinidamente cada seis (6) meses, con cierta uniformidad en el nivel de las prestaciones que tienen a su cargo las AFP, por la aproximación en el comportamiento de las rentabilidades que obtienen, en razón a la inversión de sus recursos y la regulación que les imparte la Superintendencia Financiera (ver CSJ SL4609-2021), sin que se verifique de parte de la administrador que hace parte del RAIS la satisfacción del requisito de información que permita dar validez al cambio de régimen que desde el año 2.000 se efectuó.

Es por lo anterior, que la Sala fundándose en las argumentaciones de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que, ante la *"Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional"*, procede la ineficacia del acto de traslado, debiéndose confirmar este punto.

Ahora, frente a la orden dada a PROTECCIÓN S.A., de reconocer la pensión de vejez al actor una vez cumplidos los requisitos de acuerdo al parámetro del RPMPD, además de cancelar el cálculo actuarial de las cotizaciones efectuadas por el accionante, debemos señalar que al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que el acto de vinculación al régimen de ahorro individual no produjo ningún efecto, lo que conlleva a la reactivación de la afiliación en el régimen de

prima media con prestación definida, con la consecuente devolución a COLPENSIONES por parte del fondo privado de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, debiéndose por ello revocar estas órdenes dadas por el a quo, pues no resultan coherentes como ya se dijo con las consecuencias jurídicas que trae consigo la ineficacia del traslado, debiendo por su parte el fondo privado devolver a COLPENSIONES como futuro administrador y pagador de la prestación a favor del actor, todos los valores que reponen en la cuenta del asegurado, tales 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, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia del 09 de septiembre de 2008, radicación 31.989, ya que será COLPENSIONES la entidad que reconocerá el derecho prestacional, en caso de que se consolide en cabeza del actor. Razón por la que se revocará la decisión en lo concerniente al pago del cálculo actuarial, ordenándose en su lugar la devolución de PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES de todos los valores reseñados.

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), debiendo precisarse que las primas de seguros previsionales 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 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 revocarán los numerales **TERCERO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO y NOVENO**, confirmándose en lo demás.

Sin costas en esta 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 y por autoridad de la Ley,

PRIMERO: Se **REVOCAN** los numerales **TERCERO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO y NOVENO**, en su lugar se **ORDENA** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor German Antonio Sánchez Vitola tales 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, debiéndose devolver indexados los conceptos correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

SEGUNDO: Se **CONDENA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** a recibir las sumas provenientes de

**ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

TERCERO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia.

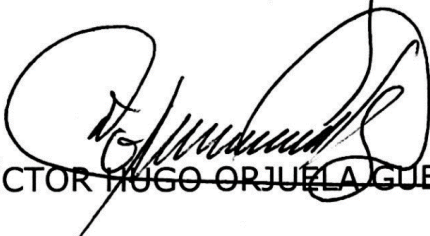
CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Lo decidido se notifica por EDICTO.

Los Magistrados,



JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE