

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL
Acta 013

Medellín, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

En la fecha, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelven, el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES** en el proceso ordinario laboral que contra estas administradoras promovió la señora **MARÍA HELENA RESTREPO RESTREPO**.

ANTECEDENTES

Pretensiones

La demandante solicita que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS a través de **Protección S.A.**; y, en consecuencia, se condene a esta administradora a trasladar los aportes, sus rendimientos y los dineros cobrados por cuotas de administración a **Colpensiones**, y a esta última administradora, a tenerla como su afiliada para efectos pensionales (fls.6/7).

Hechos

La actora fue afiliada al **ISS** hoy **Colpensiones** desde el año 1987. En el año 1995 fue trasladada a la **AFP Colmena S.A.** hoy **Protección S.A.** por parte de su empleador **Instituto Nacional de Cancerología**. Para su traslado de régimen pensional nunca recibió asesoría (fls.3/6).

Contestación Colpensiones

Colpensiones a través de apoderada, indicó que es cierto que la demandante fue su afiliada, manifestando que no le constan las condiciones en las que se dio el traslado de la actora, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, compensación e imposibilidad de condena en costas (fls.83/89).

Contestación Protección S.A.

Protección S.A. a través de apoderada, manifestó que es cierto que la demandante es su afiliada, precisando que al momento del traslado sus asesores le informaron con claridad las características propias del RAIS, lo que conlleva a que su decisión de afiliarse obedeció a una voluntad informada.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y aprovechamiento de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones (fls.95/121).

Sentencia de Primera Instancia

El Juez Quinto Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del **10 de diciembre de 2019**, declaró la ineficacia del traslado al RAIS administrado por **Protección S.A.**, ordenando a esta administradora trasladar con destino a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los aportes efectuados por la demandante, incluidos los frutos y rendimientos que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su propio patrimonio las cuotas de administración, absolviendo de la devolución de conceptos como los seguros previsionales y los aportes destinados al fondo de garantía mínima.

Esta decisión no la compartió la apoderada de **Protección S.A.**, motivo por el cual impugnó en los siguientes términos:

Recurso de apelación apoderada Protección S.A.

Solicita la recurrente que se **revoque** la decisión de primera instancia respecto de la imposición de la obligación de trasladar a **Colpensiones** los dineros cobrados por cuotas de administración, esto, por cuanto el efecto fundamental de la declaratoria de ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior previo a la celebración del negocio jurídico, máxime cuando en este caso se ordenó el traslado de los rendimientos financieros los que se lograron por la debida administración del fondo de pensiones.

Alegatos de conclusión

Corrido el término de traslado establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, el apoderado de la parte **demandante** solicitó que se confirme la decisión de primera instancia.

Por su parte la apoderada de **Colpensiones** solicitó que se **revoque** la decisión de primera instancia con base en los siguientes argumentos: (i) de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 está prohibido el traslado entre regímenes pensionales para las personas que les falta menos de 10 años para cumplir la edad pensional, lo que se justifica en proteger la estabilidad financiera de los fondos de pensiones; (ii) si lo pretendido por la parte demandante era demostrar la existencia de un vicio del consentimiento así debió probarlo en el trascurso del proceso; y (iii) no se puede alegar el desconocimiento de la ley para exonerarse de sus consecuencias.

En caso de que estos argumentos no sean de recibo solicita al Tribunal, solicita que se ordene a los fondos privados la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón a la afiliación que se está declarando ineficaz.

Problema Jurídico

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia de conformidad con el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones**, serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen de la demandante a la **AFP Protección S.A.** resulta o no eficaz, (ii) Establecer que conceptos está obligada a devolver **Protección S.A.** a **Colpensiones** y (iii) Revisar si operó la prescripción de la acción.

CONSIDERACIONES

Antes de resolver considera la Sala importante realizar las siguientes precisiones de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente:

1. La señora **María Helena Restrepo Restrepo** fue afiliada el **ISS** hoy **Colpensiones** desde el **24 de marzo de 1987** (fl.91).
2. La actora suscribió formulario de vinculación a la **AFP Colmena S.A.** hoy **Protección S.A.**, el día **27 de febrero de 1995**, afiliación que se hizo efectiva a partir del **1 de marzo de 1995** (fls.126/127).

Efectuadas las anteriores anotaciones procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento.

El precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL 1688-2019 SL4360-2019 y SL4426-2019 y de forma más reciente como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020.

En las providencias dictadas en casación el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: (i) desde la fundación de las AFP, segundo momento, (ii) desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y (iii) a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS a través de la AFP **Protección S.A.**, se realizó el **1 de marzo de 1995** (fl.126), lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual, según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019 la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Los conceptos de información necesaria y transparente son definidos en la providencia citada de la siguiente forma:

Información necesaria: consistente en la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que implica un comparativo entre las vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Transparencia: La AFP a través de su promotor debe comunicar a su potencial afiliado en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios.

El anterior deber trae en lo procesal una carga que recae en la administradora de pensiones, y es la de demostrar que suministró al posible afiliado una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen, para solo a partir de este conocimiento concluir que se garantizó su derecho al ejercicio de una libre selección de régimen pensional.

Sobre la **carga de la prueba** es importante la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada -la de que no recibió información- y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado.

En lo que respecta al caso de autos, **Protección S.A.** afirmó al contestar la demandada sus asesores le informaron con claridad las características propias del RAIS (fls.95/96), sin embargo, esta manifestación carece de respaldo en lo probatorio, sin que en este sentido el contenido del formato de afiliación sirva como elemento demostrativo, puesto que, como lo anotara la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4426-2019, este a lo sumo acredita un consentimiento sin vicios, pero no informado.

Así mismo, se debe recordar que el derecho a recibir información no es una prerrogativa privativa de quienes ostentaban la calidad de beneficiarios del régimen de transición pensional, dado que como lo indicará la CSJ en la sentencia SL-1688 de 2019, lo relevante en los eventos en donde se solicita la ineficacia por falta de información es que la administradora de pensiones demuestre que cumplió con este deber legal.

Así las cosas, y dado que, no demostró **Protección S.A.** que cumpliera con su deber de informar, la consecuencia es que la afiliación efectuada a este fondo devenga ineficaz de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que a **confirmar** la decisión consultada en este aspecto.

De los efectos de la ineficacia

Se solicita por parte de la apoderada de **Protección S.A.** que no se imponga a esa administradora la obligación de devolver los gastos de administración, por cuanto cumplió con el deber de administración encomendado, tanto así que los dineros entregados han obtenido rendimientos.

El recurso propuesto y el estudio de este particular en virtud de la consulta, llevan a esta Sala a recordar que la ineficacia es una respuesta jurídica a la

transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto, no produzca ningún efecto.

Este aspecto fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, en la que indicó que: la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una **ineficacia en sentido estricto**, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.

En ese orden, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que la AFP que dio lugar a ello traslade a **Colpensiones**: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones¹ con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por **Colpensiones**.

Además de lo anterior, ha evidenciado esta Sala que existe un concepto en el RAIS que no tiene un equivalente en el RPM, y es el que tiene que ver con el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, valor que de no ser traslado generaría un detrimento en el fondo público que administra **Colpensiones**.

Este aspecto fue advertido por el Gobierno Nacional en el Decreto 3995 de 2008, en cuyo artículo 7² se dispuso que cuando se disponga el traslado de cotizaciones del RAIS al RPM se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Esta orden en particular cuenta con reciente sustento jurisprudencial en la sentencia SL 2877-2020 en la cual la Corte Suprema de Justicia la encontró procedente, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

Es por lo anterior, que en el caso estudiado resulta necesario **confirmar** la sentencia de primera instancia, **adicionándola** en el sentido de que lo retornado por cuotas de administración deberá ser indexado al momento de su

¹ Conceptos que deben ser indexados al momento de su traslado a Colpensiones según lo enseñado en las sentencias SL-4360-2019, SL-1688-2019 y SL-1689-2019.

² Artículo compilado en el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

traslado y **revocándola** en cuanto **absolvió** de la devolución de lo pagado por seguros previsionales debidamente indexados y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, conceptos que también deberán ser trasladados a **Colpensiones**.

De la excepción de prescripción

En lo que tiene que ver con la prescripción, encuentra la Sala que esta excepción no está llamada a prosperar, puesto que, la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos. En este sentido se remite a la lectura de la sentencia SL-1688 de 2019.

Costas

Costas en esta instancia a cargo de **Protección S.A.** y en favor de la demandante por haberse resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto, en atención a lo establecido por el numeral 1) del artículo 365 del Código General del Proceso. Las agencias de conformidad con lo establecido en el Acuerdo PSSA16-10554 se fijan en la suma de **\$908.526**.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, dictada por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Medellín, el día **10 de diciembre de 2019**, proferida en el proceso ordinario laboral de primera instancia adelantado por la señora **MARÍA HELENA RESTREPO RESTREPO** contra **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión de primera instancia en el sentido de que lo retornado por cuotas de administración deberá ser indexado al momento de su traslado.


TERCERO: REVOCAR la decisión de primera instancia, en cuanto **ABSOLVIÓ** a **PROTECCIÓN S.A.** de la devolución de lo pagado por seguros previsionales debidamente indexados y el porcentaje correspondiente

al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, conceptos que también deberán ser trasladados a **COLPENSIONES**.

Costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** y en favor de la demandante. Las agencias se fijan en la suma de **\$908.526**.

Lo resuelto se notifica por **ESTADOS**.

LOS MAGISTRADOS



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ

CERTIFICO: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS N° 015** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8 a.m.

Medellín, **1 de febrero de 2021**

Secretario.