



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	José Vicente Cadavid Herrera
DEMANDADO	Colpensiones y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-021-2017-00581
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Confirma y adiciona sentencia

El doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el **ACTA 049** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **JOSÉ VICENTE CADAVID HERRERA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, con radicado **05-001-31-05-021-2017-00581**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos del poder conferido por el doctor **FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI**, en calidad de representante legal para procesos de Colpensiones de la firma **PALACIO CONSULTORES S.A.S.**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar al Dr. **ROQUE ALEXIS ORTEGA CORREA**, identificado con cédula de ciudadanía N° 1.037.579.003 y portador de la tarjeta profesional N° 209.067 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de la entidad hasta su culminación en el presente proceso judicial.

• **PRETENSIONES**

El demandante pretende se declare que tiene derecho a trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, y que en consecuencia se condene a Colpensiones a ordenar el traslado, y anular la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., debiendo trasladar todos los aportes a COLPENSIONES. Y que se condene en costas a las demandadas.

- **HECHOS**

Como fundamento de las pretensiones indicó que se vinculó al ISS hoy Colpensiones desde el día 2 de marzo de 1983 hasta el mes de junio de 1995 cuando se trasladó a PROTECCIÓN S.A. Que no recibió por parte del fondo privado información suficiente y adecuada acerca de las implicaciones del traslado de régimen, no se le realizaron proyecciones de su mesada pensional ni tampoco le informaron acerca de la posibilidad de retornar al régimen de prima media. Que le mencionaron algunos de los beneficios que obtendría en el RAIS, como la mesada pensional más alta. Y que al cumplir los 62 años de edad solicitó una proyección a PROTECCIÓN S.A., la cual le indicó que su mesada quedaría por una suma aproximada de \$3'315.344 cuando su salario actual asciende a la suma de \$14'125.680.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda, la entidad no dio contestación a la misma.

- ✓ PROTECCIÓN S.A.:

La accionada dio respuesta señalando que son ciertas las fechas de afiliación del actor al ISS y posteriormente al fondo privado. Que al demandante se le brindó toda la información relevante, completa y suficiente relacionada con el traslado de régimen pensional que iba a realizar y que la decisión de afiliarse al fondo privado obedeció exclusivamente a la voluntad del demandante. Que en la respuesta que se le dio al actor cuando solicitó la proyección de su mesada, se le indicó que dicho cálculo era una mera aproximación. Y que el

actor ratificó su intención de permanecer al RAIS cuando se afilió a pensiones voluntarias el 11 de marzo de 2004. Se opuso a las pretensiones y formuló excepciones de mérito.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 22 de enero de 2020, el Juzgado Vigésimoprimer Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado al RAIS a través de PROTECCION S.A., por encontrar demostrado que con la afiliación al fondo privado se generó un grave perjuicio al actor, consistente en que el valor de su pensión sería inferior al que le reconocería el RPM.

Como argumento de su decisión expresó que, si bien se acoge a las reglas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en materia de traslado informado, estas no resultan suficientes para resolver las diferentes situaciones presentadas, y para complementar la misma resulta necesario demostrar la existencia de un eventual perjuicio como lo es en este caso una ostensible disminución de la mesada pensional, lo cual afecta los derechos mínimos fundamentales del demandante a la dignidad humana y a los derechos de los trabajadores, razones por las cuales el acto de afiliación no produjo ningún efecto.

ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A el traslado a COLPENSIONES, y está a recibir, los saldos de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos financieros, los saldos del fondo de garantía de pensión mínima, las cuotas de administración y las sumas del seguro previsional descontadas, durante todo el tiempo que estuvo afiliado.

DECLARÓ probada la excepción de ausencia de prueba de vicio en el consentimiento y no probadas las demás.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a PROTECCIÓN S.A

- **CONSULTA:**

Frente a la sentencia no se interpuso recurso alguno, por lo que el proceso se conocerá en grado jurisdiccional de consulta en razón a las condenas impuestas a COLPENSIONES.

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLPENSIONES:

En sus alegatos de conclusión expuso que no hay lugar a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de PROTECCIÓN S.A., ni a que se declare la afiliación a COLPENSIONES, en la medida que se pretende invalidar un acto que no solo fue válido, sino que produjo efectos jurídicos, en tanto que el demandante efectuó aportes al RAIS, por lo que no es posible derivar obligaciones a cargo de Colpensiones. Que el demandante no hizo uso del derecho que tenía de retractarse de la afiliación efectuada a la AFP privada. Que es improcedente autorizar el traslado del accionante del Régimen de Ahorro Individual al Régimen del Prima Media, de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, a quienes les faltare menos de 10 años para pensionarse, se encuentran impedidos para efectuar dicho traslado. Que en el presente caso no se está ante una falta de asesoría o un error en el consentimiento, toda vez que la asesoría que señala la parte actora no es falsa, sino que estamos frente a una falta de interés, poca interacción o negligencia por parte de la parte actora en su vida pensional que, si no hubiera existido, hubiera accedido a su pensión con los beneficios señalados por la AFP. Que en lo atinente a la carga probatoria, esta debe de estar a cargo del demandante, pues la AFP cumplió con las atribuciones legales vigentes y aplicables para el momento de la afiliación. Y que en caso de prosperar la ineficacia, deben devolverse los conceptos de cuota de administración y seguros previsionales, de manera indexada.

- ✓ PROTECCIÓN:

Manifestó que al no surgir hechos sobrevinientes, no realizará alegatos de conclusión.

- **DECRETO 806 DE 2020:**

Atendiendo a lo establecido en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 *“Por el cual 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, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a resolver será determinar si el acto de afiliación del demandante a PROTECCIÓN S.A. es válido, o por el contrario ineficaz y consecuentemente si prospera la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por parte del fondo privado a Colpensiones.

Para comenzar, esta Sala pasará hacer un recuento breve de la jurisprudencia de esa alta Corporación de Justicia, que estructura el tema.

Advierte la Corte que el traslado de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Que es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta, que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios. Que el estatuto Financiero de la época en los artículos 97 y siguientes consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, lo siguientes:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) La información debe ser completa y comprensible. Y,
- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Si bien los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esa circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

Así las cosas, lo dicho anteriormente constituye sustento que permite deducir las siguientes reglas:

- (i) Las administradoras de pensiones tienen a su cargo la obligación de información de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- (ii) La información del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima, detallada y documentada acerca de la incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales, de modo que no basta con explicar solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos 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. Y,
- (iii) La carga de la prueba de demostrar que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia 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.
- (ii) Desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010.
- (iii) Y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015. y en la circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.

La determinación a tomar, tiene como soporte en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084 y SL2877 de 2020.

En el caso objeto de estudio, sobre los pormenores que rodearon la afiliación, del interrogatorio de parte se desprende que el demandante se encontraba trabajando en el Centro Internacional de Agricultura Tropical sede Palmira-Valle, cuando se afilió a PROTECCIÓN S.A. el 1° de junio de 1995, esto por una asesoría grupal de aproximadamente 20 minutos brindada por parte de la entidad, donde se le explicaron los múltiples beneficios de pertenecer a este fondo, como por ejemplo que la pensión se podía heredar y que podía pensionarse anticipadamente. Indica que la información fue insuficiente y que, si bien recibió nuevamente asesoría en el año 2008, esta se enfocó en el tema de pensiones voluntarias.

Pues bien, sobre la carga de la prueba es importante hacer 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. Así mismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por el demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PROTECCIÓN S.A. toda vez que, pese a que la entidad administradora anexó el documento visible a folio 77 del expediente, esto es, el formulario de afiliación, mismo que fue suscrito por el actor, permite pensar en un principio que si existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que este documento no es prueba suficiente para determinar que efectivamente al accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de PROTECCIÓN S.A. en la etapa pre-negocial, anterior a la materialización del consentimiento, consistía en brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que, lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones que pretendía captar al demandante como su afiliado cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que el demandante firmara el formulario de vinculación, donde se hace constar que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectúa de forma “libre, espontánea y sin presiones”, no implica que el actor conociera las consecuencias que implicaba el cambio de régimen pensional.

También es importante advertir, que, si bien la mayoría de los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia

del traslado no tienen en cuenta esta circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

No puede pasar por alto esta Sala 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, por tal razón no es procedente analizar el caso de autos como lo indica el apoderado de Colpensiones en sus alegatos, al traer lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en lo que tiene que ver con el traslado de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Se tiene entonces que, PROTECCIÓN S.A, no cumplió con la carga de probar el haber realizado en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que el traslado resulta ineficaz, generando como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, debiéndose en consecuencia **CONFIRMAR** la providencia de primera instancia, aclarando, que si bien se comparte la conclusión final del juez de declarar también la ineficacia, no pasa lo mismo con su justificación, pues este se ciñe en el deber probar un daño objetivo, lo cual no es de aceptación para la Sala, ya que como se explicó con anterioridad, la ineficacia se genera por el incumplimiento de un deber de información a cargo de la administradora, siendo calificada esta conducta en el momento inicial y no a partir de una condición de beneficio que le pueda traer al afiliado elegir uno u otro régimen pensional.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de 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, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar.

Ahora bien, con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR EL FONDO PRIVADO**, 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 comisiones 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.

De igual forma, también debe sumarse que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que el demandante no se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que el demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Por lo anterior, además de los conceptos ordenados por el juez a PROTECCIÓN S.A, deberá también devolver los seguros previsionales y las cuotas de administración, de forma indexada con cargo a sus propios recursos, debiéndose en este aspecto **ADICIONAR** la sentencia.

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas por COLPENSIONES.

Así las cosas, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia revisada en grado jurisdiccional de consulta.

Las costas de primera instancia como lo dijo el juez, en esta instancia no se causaron.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la declaración de la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y en su lugar, se le **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver los seguros previsionales de forma indexada al igual que los valores correspondientes a gastos de administración, con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: Costas procesales como se dejó dicho.

Se notifica lo resuelto por **ESTADOS**. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ

EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE MEDELLÍN - SALA LABORAL - HACE CONSTAR

Que la presente providencia se notificó por
estados N ° 045 del 15 de marzo de 2021

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>